

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA THÉORIE
DE
L'ABUS DU DROIT
ET
LA THÉORIE
DU
DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mercredi 29 janvier 1913

PAR

Etienne LAPARRE

Juge suppléant au tribunal civil des Sables-d'Olonne.

PRÉSIDENT : M. JAQUELIN, *professeur.*
SUFFRAGANTS } MM. JOBBÉ-DUVAL, *professeur.*
CHAVEGRIN, *professeur.*

TOULOUSE

IMPRIMERIE M. BONNET
2, RUE ROMIGUIÈRES, 2.

1913



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA THÉORIE
DE
L'ABUS DU DROIT
ET
LA THÉORIE
DU
DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mercredi 29 janvier 1913

PAR

Etienne LAPARRE

Juge suppléant au tribunal civil des Sables-d'Olonne.



PRÉSIDENT : M. JAQUELIN, *professeur.*
SUFFRAGANTS } MM. JOBBÉ-DUVAL, *professeur.*
CHAVEGRIN, *professeur.*

TOULOUSE

IMPRIMERIE M. BONNET
2, RUE ROMIGUÈRES, 2.

1913

INTRODUCTION

Longtemps, droits de l'individu, pouvoirs de l'Etat, *dominium* et *imperium*, ont traduit surtout une idée de domination absolue sur les choses et les hommes. Les mots de *droit* et de *pouvoir* évoquent la pensée d'une force qui, sans explications, et sans motifs, agit, souveraine et parfois brutale. « La puissance publique s'impose, sans autre raison que celle-ci : elle est la puissance publique (1). » Le droit privé n'a aussi d'autre justification que celle qu'il tire de son expression même. De la raison d'être des droits, du fondement du pouvoir, il n'est pas question : droits et pouvoirs sont envisagés de façon purement extérieure : ce sont des moyens de procédure ou des armes d'arbitraire.

Que ces droits, que ces pouvoirs ne se développent

(1) Duguit. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 14.

pas sans raisons, qu'ils ne sont pas révélés par une divinité mystérieuse ou par un penseur de génie (1), mais qu'ils dérivent de conditions climatériques, ethniques, religieuses, sociales, qu'ils reflètent l'âme des peuples, qu'ils sont assortis aux besoins des temps, c'est ce que montrent tour à tour Montesquieu et Vico, Savigny et Puchta. Pouvoirs et droits trouvent alors une explication intelligible : ils ont dépouillé leur mystère. La partie analytique de l'œuvre juridique est réalisée. On ne saurait pourtant voir dans ce premier résultat qu'un procédé de commentaire du droit existant, fort en honneur depuis Ihering. De ce principe d'explication il faut tirer une méthode d'élaboration du droit.

Si les textes du droit privé et les déclarations et constitutions du droit public ne font que traduire les nécessités et les besoins sociaux d'un temps et d'un pays, il faudra, en s'inspirant de ces nécessités et de ces besoins, déterminer ce qu'il convient que soient les droits et le pouvoir. Le droit, expliqué par son utilité, trouve dans son utilité sa limite. Le droit est alors étudié de façon profonde, dans son sens ; c'est, comme dit Ihering, un « intérêt juridiquement défendu ». Si la finalité domine le droit, il faudra, pour connaître la juste destination des droits et, par

(1) Bouglé. *Les idées égalitaires*.

suite, leur étendue, rechercher quel intérêt la société, qui élabore le droit, veut protéger. Pour que le groupe social vive, il faut que les individus — dont l'égoïsme réglementé est le meilleur agent de l'utilité générale — soient pourvus de droits. Pour que l'Etat puisse satisfaire à ses devoirs, il faut que ses fonctionnaires aient des pouvoirs; mais c'est seulement dans les limites de l'utilité sociale que sont concédés ces droits et ces pouvoirs. Aller contre la destination sociale de la loi, méconnaître son sens caché, son but, c'est donc violer la loi. La légalité est expresse ou tacite : pour être inexprimée ou, comme dit M. Hauriou, « sous-jacente à la légalité », une règle peut cependant être violée. Respectueux de la lettre de la loi, mais en contradiction avec le but que cette loi recherche, l'individu commet des actes sans droit. Le fonctionnaire prend des décisions entachées d'excès de pouvoir, d'incompétence, quand il fait servir ses prérogatives à des fins que la loi ne veut ni ne prévoit.

N'est-il pas encore possible que l'individu, le fonctionnaire, attentifs à ne s'écarter ni des exigences formelles de la loi, ni de son sens social, fassent de leurs droits ou de leurs pouvoirs un usage objectivement et abstraitement légitime, mais moralement incorrect ? De tels actes, envisagés dans leur réalité extérieure et objective, ne sont pas répréhensibles : c'est beaucoup moins dans la décision du fonction-

naire et dans l'acte d'un particulier titulaire d'un droit que dans les motifs, les mobiles, considérations intellectuelles ou sentimentales qui animent ces agents qu'il faut chercher et le détournement de pouvoir et l'abus du droit.

Nous tenterons donc de soutenir que la déviation du sens d'un pouvoir, du but d'un droit, ne saurait constituer, pour le fonctionnaire, qu'une situation d'incompétence, pour le particulier qu'une violation de la loi.

Le détournement de pouvoir et l'abus du droit nous semblent évoquer l'idée de deux théories dominées, l'une et l'autre, par des notions de moralité. Les actes qu'elles permettent d'atteindre ne heurtent pas la légalité; mais la conscience ne les saurait souffrir : le particulier ne pourra pas se servir de son droit dans le seul but de nuire à autrui; et, de même, il est tels actes d'un fonctionnaire — conformes à la lettre et à l'esprit des prérogatives de sa fonction — que le Conseil d'Etat, « haute conscience de l'Administration », annulera en raison des motifs et des mobiles qui les ont dictés.

En d'autres termes, nous posons cette distinction — pour nous essentielle — des mobiles et des motifs d'une part, et, d'autre part, du but. Un droit ne se sépare pas de son but; ses limites ne sauraient être déterminées que par sa finalité sociale. De même la compétence d'un fonctionnaire n'est qu'indiquée,

mais non définie par les seules notations des textes administratifs ; l'esprit de la fonction, le sens du rôle social seuls déterminent vraiment le champ de la compétence. Enfreindre ces limites inapparentes des pouvoirs d'un fonctionnaire, ce sera méconnaître les règles de la compétence, et une décision entachée de cette irrégularité donnera lieu au recours pour excès de pouvoir, pour incompétence, et non pour détournement de pouvoir. De même, ce sera agir sans droit et non abuser de son droit qu'exercer une faculté légale en dehors du but social auquel vise cette faculté.

Les motifs et les mobiles sont extérieurs à l'acte et résident chez l'agent ; ce sont les raisons intimes et secrètes qui le déterminent à prendre telle décision ou à commettre tel acte. Ils sont étrangers absolument au but, à la fin objective recherchée immédiatement par la décision du fonctionnaire ou par l'acte du titulaire du droit. C'est parfois d'un esprit de haine, de vengeance, de malice que l'on peut poursuivre des fins conformes aux prérogatives et aux droits exercés. La légalité y est respectée, mais la pensée intime qui en est génératrice suffit à vicier l'acte tout entier. C'est dans des situations de ce genre que nous verrons et l'abus du droit et le détournement de pouvoir, situations objectivement conformes à la légalité, mais créées par des agents qu'inspirent des motifs intimes incorrects.

Reconnaissons pourtant que l'idée que nous nous faisons de ces deux notions n'est point admise sans discordance. Il nous paraît donc utile d'analyser les critères différents auxquels la doctrine et la jurisprudence se sont tour à tour arrêtées pour les caractériser.

PREMIÈRE PARTIE

Les critères des deux notions.

SECTION PREMIÈRE

De l'abus du droit.

CHAPITRE PREMIER

L'abus du droit est-il caractérisé par l'usage excessif d'un droit ? La limite de la valeur du droit est-elle quantitative ?

Définir l'abus du droit, cela revient à déterminer les limites du droit. La valeur d'un droit doit-elle être appréciée d'après certaines considérations de mesure, de modération, de moyenne ? Et l'abus consiste-t-il dans un usage immodéré et excessif d'un droit ?

C'est un premier critère que nous devons examiner. La force juridique d'un droit est limitée à la

satisfaction d'une certaine somme d'intérêts déterminée d'après les règles d'un équilibre expérimentalement établi entre droits rivaux et concurrents. Au delà de cet exercice modéré de droit, la notion d'abus apparaît.

Les applications de cette thèse ont été et sont encore fort fréquentes sous la jurisprudence (1). Elles se manifestent surtout en matière d'exercice de droit de propriété.

Le droit de propriété le plus absolu sur les choses permet des actes qui peuvent être fort gênants pour ceux qui avoisinent l'objet sur lequel ils s'exercent. Un tel droit ne peut permettre parfois à son titulaire d'en tirer tous les avantages qu'il comporte sans être insupportables à un voisinage trop immédiat. Dans le droit romain, individualiste et si respectueux du caractère absolu des droits, on essaie de conserver au propriétaire cette situation qui naît d'un isolement, artificiellement créé : les maisons sont, à Rome, des *insulæ*, et les immeubles sont séparés les uns des autres par des espaces libres, *quinque pedes*. Cependant des obligations de voisinage naissent, précisées par la loi, et dont la liste

(1) D. 1906, II, 105. Usage excessif du droit de prendre une inscription hypothécaire portant sur des biens dont la valeur est hors de proportion avec le chiffre de la créance.

devient plus longue au cours des siècles. Dans nos cités modernes, où les immeubles sont pressés les uns contre les autres, où l'utilisation des biens est si diverse, l'exercice du droit de propriété pourra avoir des inconvénients plus gênants pour autrui que ceux qu'engendraient l'existence paisible du patricien romain ou le patient labeur de l'artisan de 1804. Aujourd'hui, des industries — qu'elles soient ou non administrativement classées — peuvent répandre des odeurs mauvaises ou occasionner un bruit gênant pour le voisinage (1). De même, tel cabaret de nuit s'ouvre en un séduisant rez-de-chaussée d'une paisible maison bourgeoise : un concert tardif éveille dans leur premier somme les locataires des étages supérieurs, et les chœurs improvisés d'inharmonieux clients entretiennent leur insomnie (2). Ou bien le propriétaire du premier étage d'une maison loge des filles de mœurs légères dont les désordres sans discrétion donnent à l'immeuble tout entier l'apparence d'un mauvais lieu (3). Ce sont là, aux termes de la jurisprudence, des cas d'abus du droit : le droit n'est

(1) Cass. 20 février 1849. S. 1849, I, 349. — Cass. 17 juillet 1845. S. 1845, I, 825. — Cass. 27 novembre 1844. S. 1844, I, 811.

(2) Tribunal civil Marseille, 10 mars 1905.

(3) Trib. Lyon, 2 janvier 1896. *Moniteur Lyon*, 2 mars 1896.

pas exercé de façon mesurée. L'usage légitime des droits consiste donc à ne pas s'écarter d'une certaine moyenne, d'un certain équilibre établi entre des droits égaux et concurrents.

Ainsi seront des actes abusifs, le fait d'ouvrir un asile de tuberculeux dans le centre d'une ville (1), d'exploiter dans un quartier honnête (et même, d'après la jurisprudence, en n'importe quel lieu) une maison de tolérance (2), de louer des chambres garnies à des femmes de mauvaise vie (3). Le propriétaire d'un théâtre ou d'un bal public est réputé, d'après la jurisprudence, faire abus de son droit de propriété, et il est accordé aux voisins demandeurs une indemnité compensatoire du dommage causé (4).

Ces situations sont-elles de celles qui vraiment caractérisent l'abus du droit? Il ne semble pas. Si le propriétaire d'une usine ou le tenancier d'un mauvais lieu ont un droit réel de propriété sur leurs immeubles, ils peuvent, sans limites théoriques, incommoder le quartier de fumée ou de bruit ou le troubler

(1) Limoges, 5 février 1902. D. 1902, II, 95.

(2) Cass. 27 novembre 1844. S. 1844, I, 211. — Besançon, 3 août 1859. S. 1860, II, 255. — Montpellier, 18 février 1898. S. 1898, II, 160.

(3) Riom, 28 novembre 1901. S. et P. 1902, II, 48.

(4) Cass. 6 février 1865. S. 1866, I, 169. — Cass. 1872. S. 1872, I, 76.

par d'inconvenants désordres, et on ne comprend pas que ce droit, à eux accordé, puisse, d'autre part, leur être contesté. L'exercice de ces professions et l'usage de cette faculté ne peuvent être tout à la fois conformes au droit et contraires au droit.

Et cependant, dans de telles situations juridiques, la jurisprudence condamne le défendeur à l'action en abus du droit à payer une indemnité aux voisins. Pourquoi? Il faut bien reconnaître l'existence d'une obligation à laquelle le défendeur a manqué. Cette obligation n'est pas imposée par la loi écrite. Ce n'est pas, à notre sens, une obligation légale qui est violée : il semble que ce soit une obligation dont la source doit être cherchée dans un quasi-contrat.

Remarquons, en effet, que toutes les hypothèses où la jurisprudence affirme ce critérium du caractère moyen et normal du droit sont de celles où le droit de propriété se heurte à des droits concurrents de propriété. Ce sont des obligations de voisinage, tacites, inexprimées auxquelles il a été manqué. Or, le voisinage, disait Pothier, est un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre voisins, c'est-à-dire entre propriétaires ou possesseurs d'héritages contigus les uns aux autres (1). C'est encore

(1) Pothier. *Du voisinage*, § 235.

à l'existence de ce quasi-contrat que pense M. Fer-
ron quand il dit que « deux voisins, par la force
même des choses, ne sont pas absolument étrangers
l'un à l'autre (1) ». Il est vrai que M. Capitant pro-
teste contre ces opinions et assure que le voisinage
ne saurait constituer un quasi contrat, puisque la
volonté de l'homme n'y apparaît point (2). Mais ne
peut-on pas admettre que, par le fait de son installa-
tion, le propriétaire ou le locataire adhèrent à toutes
les obligations du lieu où ils se fixent, comme pour
son installation dans une commune ils en acceptent
les usages locaux. Toute agglomération, ville ou
quartier, fait sa loi de certaines règles auxquelles ses
habitants se doivent conformer : ils se comportent
comme s'ils s'étaient mutuellement fait le sacrifice
d'une partie de leurs droits pour éviter que l'exer-
cice sans limite du droit de chacun ne fût à tour de
rôle gênant pour les voisins. De là des liens d'obli-
gation sont nés. Sans doute, le droit reste absolu
dans les rapports du titulaire avec la chose sur
laquelle il s'exerce et le manufacturier, par exemple,
ne verra pas son droit de mettre en œuvre ses ma-
tériaux limité d'une façon réelle, *in rem* : il sera

(1) S. 1901, II, 17.

(2) Capitant. Des obligations du voisinage, etc. *Revue cri-
tique de législation*, 1900, pp. 156 et suiv.

seulement paralysé par les obligations qui lui sont imposées à l'égard des habitants du même quartier ou de la même ville.

Ne se conformant pas à cette règle, à ce quasi-contrat, on n'abuse pas d'un droit : simplement on méconnaît une obligation de ne pas faire.

De telles obligations sont relatives et spéciales. Les nécessités du voisinage sont différentes avec chaque agglomération, et plus ou moins nombreuses suivant que les intéressés ont des besoins plus ou moins exigeants. Les obligations varieront en nombre et en nature, selon qu'elles s'appliqueront à telle ou telle ville, ou à tel ou tel quartier.

Et c'est ce qui est, en effet, reconnu par la jurisprudence qui, sans doute, pose la règle que l'abus du droit consiste — dans les espèces que nous étudions — à « excéder les obligations ordinaires du voisinage » (1), mais qui, d'autre part, n'apprécie pas ces obligations d'une manière abstraite et générale, et les détermine spécialement d'après des considérations multiples ; dans un quartier bourgeoisement habité, ce sera commettre un abus du droit que d'établir une usine aux émanations désagréables ou une bruyante manufacture, gênes qui pourraient

(1) Cass. 24 avril 1865. S. 1866, I, 169. — Cass. 11 novembre 1896. S. 1897, I, 273.

être sans abus imposées aux habitants d'un faubourg ouvrier. Tel acte de propriétaire qui pourra être à bon droit réalisé dans une ville industrielle et bruyante donnera lieu à une indemnité, s'il se produit dans un quartier aristocratique (1).

Ainsi que l'a montré M. Appert (2), les obligations de voisinage s'apprécient en tenant compte d'un grand nombre de considérations. Faut-il donc dire qu'on peut raccourcir ou allonger la liste des facultés que comporte le droit de propriété, suivant les villes ou même les quartiers, suivant le caractère industriel ou bourgeois de la population? La loi, abstraite, ne saurait établir ainsi des degrés dans l'étendue et la valeur du droit de propriété. Et ne vaut-il pas mieux expliquer ces solutions jurisprudentielles par la fiction d'un quasi-contrat de voisinage?

Il nous semble donc qu'on ne saurait voir l'abus du droit dans les situations, si nombreuses, couvertes de cette appellation où le propriétaire a « excédé les obligations ordinaires du voisinage ». Il ne sau-

(1) Attendu que l'exploitation abusive du sieur Ollivier pendant les heures avancées de la nuit ne saurait être tolérée dans un quartier non industriel et éminemment tranquille comme celui du boulevard Longchamp. Trib. Marseille, 10 mars 1905. S. 1905, II, 149.

(2) S. 1905, II, 41, note Appert.

rait être, dans de telles situations, question du droit de propriété et de l'abus de ce droit, mais simplement d'inexécution d'une obligation.

CHAPITRE II

Le critère de l'abus du droit doit-il être recherché dans la destination antisociale du droit ?

Un deuxième critère — aujourd'hui en faveur — de la notion d'abus du droit est proposé : sera abusif tout acte fait contrairement au sens social de la loi. « Dès qu'une institution juridique sert à obtenir un résultat autre que celui que lui a assigné le législateur, nous sortons des limites du droit et l'abus commence. L'abus consiste donc à détourner une institution juridique de son but économique et social (1). » Le droit, dans cette théorie, n'est pas exercé sans mesure, de façon immodérée ; le droit a été détourné de son but ; le titulaire l'a fait servir à une destination que le législateur n'avait ni voulue ni prévue. C'est le sens, l'esprit de l'institution juri-

(1) Reynaud. Thèse Paris, pp. 49-50.

dique qui ont été violés. C'est encore ce qu'exprime M. Saleilles (1) : « La véritable formule serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal d'un droit, exercice contraire à la destination économique et sociale du droit subjectif. » Et M. Gény ne pense pas autrement (2).

Une telle théorie n'a pu naître et se développer qu'à la faveur d'une évolution qui s'est produite sur deux points de la science juridique. Elle suppose, d'une part, une conception finaliste du caractère du droit, conception favorisée tout au moins par les écrits de Ihering. D'autre part, cette théorie ne peut se traduire dans la pratique judiciaire que si on admet une méthode large et libérale d'interprétation des textes législatifs.

Conception nouvelle du caractère du droit.

Dans son livre *La vie du droit et l'impuissance des lois*, M. Cruet fait remarquer quel effet médiocre a la pure théorie sur le mouvement législatif. Mais ne peut-on pas dire qu'à des années de distance, « il peut sembler » qu'il y ait un lien de filiation qui rat-

(1) *Théorie générale de l'obligation*, p. 370, note 1, 2^e édition.

(2) Gény. *Méthode d'interprétation et sources*, p. 544.

tache telle évolution de la jurisprudence ou tel texte législatif à certaines conceptions philosophiques.

Les codes et les lois du début du dix-neuvième siècle semblent être l'expression juridique de la vieille théorie du droit naturel. Les droits appartiennent à l'homme sans limites autres que les droits égaux et concurrents de ses pareils. Ce sont des droits absolus destinés à la réalisation des intérêts égoïstes de l'individu. L'individu est seul titulaire de droits subjectifs; et c'est vers l'individu seul que sont tournés aussi les regards des philosophes et des économistes, dont on raillera plus tard les conceptions de l'homme de la nature et de l'*homo œconomicus*. A une époque où on pense que l'homme est à la fois un moyen et un but, il faudra assurer le libre déploiement de son effort; une œuvre négative sera nécessaire : le débarrasser des entraves qui le gênent (1); une œuvre positive devra être aussi réalisée : reconnaître à l'individu des droits absolus, utiles seulement à la satisfaction de ses intérêts personnels (2).

Mais, au cours du siècle, les faits prouveront que

(1) Thèse Paul-Boncour. *Le fédéralisme économique*.

(2) Ainsi que le remarquent P. Deschanel (*La question sociale*) et Henri Michel (*L'idée de l'Etat*, Introduction), l'école de 1789 ne s'est pas préoccupée des droits de la société.

le *summum jus* est souvent la *summa injuria*, que, de ces droits sans limite, il peut être fait par un égoïsme cruel un abus brutal. Une première tentative sera faite pour les circonscrire. La limitation sera inspirée d'une certaine philosophie, rationaliste, sans doute, mais attentive à l'examen des faits, philosophie inspirée par un idéal de bonté, de vérité, de justice. Le droit reste une notion *à priori*, dérivée de conceptions morales. Comme le remarque M. Th. Ferneuil (1), « l'élément positif du droit » prend alors sa naissance dans l'ordre abstrait du « raisonnement, dans un équilibre mathématique ou « logique des libertés ». Notions vagues qui, seules, pendant un temps, fonderont et constitueront le droit. La jurisprudence et la doctrine refuseront de reconnaître toute prétention juridique qui n'entrera pas dans l'exercice normal du droit.

Au cours du dix-neuvième siècle, des systèmes économiques et philosophiques se font jour, qui, « attestant la persistance de la réaction contre l'individualisme » (2), même rationnellement limité, affirment que la société n'est pas seulement le cadre dans lequel se meut l'individu, mais qu'elle est la fin même de l'effort individuel. Ecoles socialistes,

(1) *Les principes de 1789 et la science sociale*.

(2) H. Michel. *L'idée de l'Etat*, p. 143.

plus récemment école solidariste, font passer la considération de l'intérêt social avant celle de l'intérêt individuel. L'individu n'est plus conçu, suivant une doctrine (1), que comme une cellule dont on ne doit favoriser le développement qu'autant qu'il importe au corps social. Le droit perd de son caractère absolu ; il est un moyen donné à l'individu pour réaliser les fins sociales. « Le droit n'est qu'un moyen en vue d'une fin, qui est la vie même de la société » ; « l'intérêt social est la mesure du droit » (2). Intérêts sociaux, besoins sociaux, sont la fin même du droit ; le droit n'est, comme dit M. Emile Worms, qu'un « vêtement » qui drape, en un exact ajustement, la structure du corps social, ou une « architecture », comme dit Tarde, qui revêt de ses lambris l'armature de la société. C'est encore ce que traduit Ihering : « Le droit représente la forme de la garantie des conditions de vie de la société ». M. Bourguin dit de même : « Le droit est la réglementation de l'activité sociale (3). » Ces idées, dérivées de Ihering, qui, le premier, attira l'attention sur le caractère téléologique du droit, sont admises aujourd'hui par les juristes classiques. Le droit a un but

(1) R. Worms. *Organisme et société*.

(2) C. Bouglé. *Les sciences sociales en Allemagne*, p. 114.

(3) Cours de doctorat. Economie rurale, année 1909-1910.

social et il a pour limite la recherche de ce but. Chaque droit ne se détache pas de son but. « Les droits ne sont pas doués d'une valeur intrinsèque; ils sont des instruments destinés à assurer le règne de la justice; ils ne sont pas la justice même (1). »

**Système d'interprétation assorti à la conception finaliste
du droit.**

La théorie finaliste de droit est incompatible avec un système d'interprétation stricte et uniquement littérale. Lorsqu'un droit, en effet, est envisagé de façon extérieure, dans son expression textuelle, il s'analyse en une notion dont les éléments sont assez facilement aperçus. Quelque obscure que puisse être la rédaction du texte de loi, la doctrine et la jurisprudence déterminent de façon précise le contenu du droit : le droit apparaît avec des contours précis et des limites immédiatement apparentes. On ne saurait sortir du domaine défini par un texte de loi, ainsi étudié, que par des artifices de grammaire ou des études érudites d'étymologie. Le système, en faveur aujourd'hui, d'interprétation large, permet et exige la recherche de la pensée même du législa-

(1) Note Josserand. D. 1908, II, 73.

teur, du but social de la loi. Le contenu social du droit est moins précisément et moins rapidement déterminé que le sens de son expression littérale. S'il est vrai que « les formules du droit positif doivent être les poteaux indicateurs, non les bornes de la recherche du juriste » (1), il faudra, pour reconnaître ces bornes, s'engager dans une analyse, parfois délicate, du sens de la loi. La loi profonde, vraie, l'impératif juridique va bien au delà de sa traduction dans les textes. On se tromperait, fait remarquer Ihering, si on jugeait des rapports réels existant à Rome entre le père et le fils par l'expression juridique de ces rapports.

L'application pratique de la conception téléologique du droit a pour adjuvant nécessaire une méthode d'interprétation qui n'est pas purement déductive et grammaticale. Les jurisconsultes ne devront plus mériter le reproche d'être trop strictement asservis à la lettre de la loi (2).

Si l'on veut connaître le sens vrai de la loi, on ne peut pas s'en tenir au seul commentaire du texte. En réaction complète avec les idées de Blondeau (3),

(1) C. Bouglé. *Les sciences sociales en Allemagne*, p. 122.

(2) G. Sorel, étudiant Beccaria, dit du criminaliste italien : « C'est un pur jurisconsulte : il déduit ; il n'observe pas. »

(3) Mémoire à l'Académie des Sciences morales, 1841 (publié en 1893 par MM. Vergé et Loiseau).

il faudra penser que le droit ne tient pas tout entier dans les articles des Codes et des lois postérieures, ou tout au moins que ces textes ne peuvent être que des documents qui prennent dans les besoins sociaux leur signification. L'observation, éclairée par les connaissances économiques, historiques, sociales, devient un élément essentiel d'une sage interprétation.

Que l'on admette que le sens de la loi doit s'apprécier au moment de la promulgation du texte, et qu'il soit, par suite, nécessaire de déterminer l'état d'esprit du législateur qui a voté la loi, ou plutôt qu'on doive traduire la loi en s'aidant de la pensée qui aujourd'hui serait celle de ce législateur se survivant à lui-même (1), toujours il est nécessaire de faire œuvre de critique et d'observation.

Ce sont ces idées qui ont été traduites par M. Gény : « Le magistrat est le serviteur impersonnel de l'utilité générale appréciée d'une manière objective » ; par M. le premier président Ballot-Beaupré qui dit : « Le juge a pour mission d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne (2) » ; par M. le professeur Percerou, qui exprime ainsi la même

(1) Gény. *Méthode d'interprétation et sources*.

(2) Centenaire du Code civil. Discours de M. Ballot-Beaupré.

pensée : « La meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente. »

Ces remarques nous conduisent à penser qu'en dehors de toute violation flagrante et expresse de la loi, les juristes reconnaissent une violation du sens, de la portée, du but de la loi, et qu'une interprétation libérale et vivante de la loi permet de sanctionner de pareilles irrégularités.

C'est dans des situations où c'est la légalité sous-jacente, profonde, inexprimée, qui est violée, dans des situations où on use d'un droit d'une manière antisociale que souvent on a voulu voir des cas d'abus du droit.

Examinons certaines applications de cette théorie.

Le droit de propriété.

« La propriété, dit l'article 544 du Code civil, est
« le droit de jouir et de disposer des choses de la
« manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse
« pas un usage prohibé par les lois et les règle-
« ments. » Ce droit est, en effet, restreint par de
nombreux textes, et, déjà à Rome, où il est plus
complet et plus absolu dans ses effets qu'il ne peut
l'être dans nos sociétés modernes (1), il rencontre

(1) Fustel de Coulanges. *La cité antique*, chap. VI.

des limitations (1) dont la liste s'allonge sans cesse désormais. Or, il s'agit de savoir si ce droit, limité dans le nombre des prérogatives qu'il confère, n'est pas, aussi, limité dans son sens. Ne souffre-t-il pas des limites inexprimées, inhérentes à son but social et à sa destination économique ?

Si on admet, comme on le fait aujourd'hui, que le droit de propriété n'est pas un droit naturel, mais dérive d'une concession sociale (2), un tel droit ne peut être légitimement exercé qu'autant qu'il satisfait un intérêt social. Où s'arrêtera l'utilité sociale de la propriété individuelle s'arrêtera le droit du propriétaire. Le propriétaire est, comme dit Ihering, à un poste de service social. M. Ch. Gide dit que son droit est « comme une fonction publique ». Et M. Duguit déclare : « L'étendue du droit du propriétaire doit être déterminée d'après le rôle social qu'il

(1) Girard. *Manuel de droit romain*, pp. 252 et suiv.

(2) Renouvier voit dans la propriété individuelle « une méthode historique de progrès social dont l'efficacité est démontrée par l'expérience ». H. Michel reconnaît que « l'utilité sociale est le seul terrain où il convient de placer la défense » du droit de propriété. Ch. Gide dit : « La propriété individuelle ne pèserait pas pour moi une plume dans la balance, s'il n'était démontré que son abolition est de nature à améliorer le sort de la majorité de nos concitoyens. » Cf. Aug. Comte. *Système de philosophie positive*, édit. 1892, p. 156, et Hauriou. *Principes de droit public*, 1910, pp. 38-39.

doit remplir : il ne peut prétendre d'autre droit que celui de pouvoir remplir librement, pleinement et entièrement sa fonction sociale de propriétaire (1). »

Le propriétaire n'est donc qu'un « affectataire (2) », muni de droits seulement dans l'intérêt social. Qu'il donne à son droit de propriété une destination anti-sociale, et il commet, d'après la théorie que nous exposons, un abus du droit.

En ce sens, on peut voir des abus dans l'usage que font de leur droit de propriété le pisteur ou le barreur de chutes qui s'opposent à l'utilisation industrielle des eaux dont ils sont riverains. Le droit de propriété est détourné ici de son but économique ; et aussi, dans des situations de ce genre, il a été proposé une réglementation législative dérivée de la limitation théorique du droit de propriété (3).

Ce serait aussi commettre, en ce sens, un abus du droit que de laisser dans l'abandon des terres fertiles, ou, comme cette duchesse de Strafford dont parlent Boutmy et de Foville (4), détruire quelques

(1) L. Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 157.

(2) Duguit. Conférence faite à l'Ecole des hautes études sociales. Droit individuel et droit social.

(3) Bernard Bruhnes. Un article « La houille blanche », dans la *Quinzaine* du 1^{er} mars 1901, pp. 106-120.

(4) De Foville. *Le morcellement*. — Alf. Fouillée. *La propriété sociale*, p. 7.

villages et éloigner de son domaine une population nombreuse pour y élever des moutons et y chasser les daims.

Cette limitation du droit de propriété par le sens social de ce droit, nous la trouvons dans les écrits de Ihering : « Si une institution quelconque du droit
« privé pouvait consacrer l'idée que le droit n'existe
« que pour l'ayant droit, ce serait assurément la
« propriété. Aussi est-ce l'opinion vulgaire. La thèse
« des juristes et les idées courantes du monde s'ac-
« cordent pour admettre que le caractère essentiel
« de la propriété consiste dans le pouvoir illimité du
« propriétaire, et que toute restriction, à cet égard,
« porte à la propriété une atteinte inconciliable avec
« l'esprit de l'institution. J'estime que c'est là une
« profonde erreur : la propriété se trouve vis-à-vis
« de la société dans le même rapport que la famille.
« Si la main de la société est si peu visible dans le
« domaine de la propriété, c'est par l'unique raison
« que, de lui-même déjà, le propriétaire est poussé
« à faire régulièrement de sa propriété un usage qui
« répond à son propre intérêt et à celui de la
« société (1). »

C'est également la pensée de M. le professeur Saleilles qui s'exprime ainsi : « A la conception pure-

(1) Ihering. *Le but du droit*, p. 342.

ment individualiste du droit romain se substituerait une conception que l'on pourrait appeler plus volontiers une conception coutumière du droit de propriété, d'après laquelle celle-ci apparaît comme dominée par le point de vue des nécessités sociales et de l'intérêt général (1-2). »

Ces idées restent-elles théoriques ? La jurisprudence ne les exprime pas dans ses arrêts. Certaines décisions de justice contiennent cependant virtuellement cette notion relative du droit de propriété. Ainsi, une décision déjà ancienne de la Cour d'Agen. Le tunnel de Capdenac passe à 72 mètres au-dessous d'un terrain, planté en vignes au moment des travaux de construction ; les consorts Bouyssou intentent une action en dommages-intérêts contre la Compagnie d'Orléans qui faisait exécuter cet ouvrage d'art. La Cour rejeta les conclusions des demandeurs, déclarant que « la Compagnie ne dépossédait les époux Bouyssou d'aucune partie de leur héritage (3) ». Ne voir dans cette décision qu'une application du vieil

(1) Saleilles. *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, p. 1. — Un article intitulé : « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. »

(2) Cf. aussi à cet égard : Hayem. *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, 1910.

(3) C. Agen, 22 novembre 1861. D. 1862, II, 16.

adage : « pas d'intérêt, pas d'action » est une explication insuffisante, car dans les idées individualistes, la protection d'un droit de propriété indiscuté constitue déjà un intérêt suffisant pour justifier une action.

D'autre part, par une loi récente, le législateur semble s'être souvenu du caractère d'utilité sociale de la propriété. Par la loi du 8 avril 1898, il limite l'usage que le riverain peut faire des eaux d'une source aux besoins de son héritage. N'est-ce point une manifestation du souci d'assortir le droit de propriété à l'emploi sagement utilitaire que commande l'intérêt social ?

Le droit de propriété étant ainsi limité par la théorie que nous avons indiquée, quiconque en use de façon antisociale, poursuivant un but contraire aux fins sociales, commet, selon la conception que nous exposons, un abus du droit.

Les droits de puissance.

Dans la théorie du droit romain, l'enfant reste pour le père comme un moyen d'acquisition; la puissance paternelle est organisée dans l'intérêt du père.

Une autre conception s'est fait jour. « La puissance paternelle a cessé d'être un droit établi en faveur et dans l'intérêt de celui qui l'exerce; elle est

devenue un simple pouvoir de protection, un moyen pour le père de remplir ses devoirs envers l'enfant (1). » Le père a donc une fonction à remplir ; en use-t-il moins dans l'intérêt de l'enfant que dans son intérêt propre, il commettra, suivant la théorie que nous exposons, un abus du droit.

Notamment, soucieux de protéger l'enfant contre les entraînements de la jeunesse, le législateur donne au père le droit de s'opposer au mariage de son fils ; mais de ce droit il ne peut user discrétionnairement, librement et sans contrôle, comme le déclarait le tribunal de Villefranche ; en particulier, après avoir donné une première fois son consentement au mariage, il ne saurait le révoquer plus tard de façon arbitraire (2).

Le mari ne pourrait pas davantage, sans abuser de son droit, éconduire sans raisons sérieuses les parents de sa femme sous le prétexte qu'il a le droit de surveiller ses relations. Il ne pourrait pas, sans abus, poursuivre l'annulation des actes passés par sa femme sans son autorisation, alors que les cir-

(1) Charmont. *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, p. 124.

(2) C. Lyon, 23 janvier 1907. D. 1908, II, 77. — Alger, 9 avril 1895. D. 1895, II, 320.

constances montrent bien qu'il n'agit pas dans un intérêt de protection (1).

Dans ces situations, la jurisprudence que nous exposons voit l'abus des droits.

Notons que, dans de telles situations, la finalité du droit est bien déterminée, et, théoriquement au moins, le détournement qui lui est imprimé relativement à son sens normal est facilement reconnaissable. Une longue tradition nous a préparés à considérer le rôle du père et celui de l'époux comme des rôles de protection.

Le sens de certains droits est plus délicat à préciser.

Les libertés professionnelles et le droit de grève.

Le contenu de ces libertés et de ce droit nous est expliqué par l'histoire. La corporation d'autrefois prenait l'homme tout entier, et les grèves, les conflits qu'elle dirigeait se traduisaient parfois de façon fort violente. Désireuse de paix économique et rêvant d'une idéale liberté pour l'individu, la Révolution supprima les corporations et défendit l'établissement de nouvelles associations professionnelles. L'indi-

(1) Paris, 5 janvier 1904. *La Loi*, 17 mars 1904.

vidu est mis à l'abri d'un asservissement qu'il serait prêt à accepter, et, théoriquement, abstraitement, il est libre. Fausse conception de la liberté qui, libérant l'individu du joug corporatif, le livre seul, sans défense, à la supériorité économique du patron (1). Il faut cependant qu'il puisse défendre ses intérêts, demander une meilleure organisation du travail à l'atelier ou à l'usine, résister à un projet d'abaissement du salaire, demander une réduction des heures de travail. Pour permettre la manifestation et tenter d'assurer le succès de telles prétentions, les libertés syndicales et le droit de grève sont donnés au salarié. Cette liberté et ce droit ont donc une fin spécialement économique (2).

Il est vrai que la limite de ces droits sera plus ou moins lointaine selon que socialement on entendra de façon plus ou moins large la défense des intérêts professionnels. On admettra notamment que des grévistes n'abusent pas de leur droit, qui poursuivent non des intérêts à eux spéciaux, mais les intérêts généraux de la corporation à laquelle ils appartiennent (3). Suivant M. Jay et les économistes qui ont le souci d'étendre les droits des syndicats, il n'y aura

(1) Cf. Thèse Paul-Boncour, précitée.

(2) Walh. Note sous Riom, 7 février 1900. S. 1903, II, 225.

(3) S. et P. 1897, I, 25.

pas abus du droit dans le fait d'organiser une grève pour exiger le renvoi d'un ouvrier sous le prétexte qu'il n'est pas syndiqué ou qu'il ne se soumet pas aux conditions habituelles de travail (1). Et même les grèves de solidarité pourraient, dans cette interprétation libérale, se réaliser sans abus. Mais toute grève serait abusive qui poursuivrait un but politique ou religieux.

Actuellement donc, grâce à l'interprétation que reçoivent les mots *intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles*, bien rarement les libertés syndicales et le droit de grève se heurtent à la notion d'abus du droit ainsi entendue. Mais des arrêts qui datent de quelques années expriment un état de la jurisprudence où on considérerait comme abusive la mise à l'index d'un ouvrier, même si cette mesure était déterminée par un intérêt professionnel (2).

Toute grève, toute mise à l'index, toute mesure de pression sans violence est donc permise aux salariés, à la condition qu'elle soit inspirée par le souci de défendre des intérêts professionnels. C'est la fin que poursuivent les ouvriers qui justifie les moyens par eux employés. « On ne doit pas perdre

(1) De même cf. Huc. *Traité de droit civil*, p. 538.

(2) Lyon, 15 mai 1895. D. 1895, II, 310. — Cass. 22 juin 1892. D. 1892, I, 449.

de vue, dit un arrêt, que la grève est un moyen et non un but, et que, dès lors, pour apprécier si elle est légitime, c'est son objet qu'il faut considérer (1). » Et, de même, la Cour de cassation, « considérant que le conflit qui s'est élevé entre Millo et ses ouvriers est exclusivement professionnel... », reconnaît que la mise à l'index de la maison Millo « n'exécute pas le droit des ouvriers (2). »

L'intérêt professionnel seul justifie la grève; ce droit ne se détache pas de sa fin. C'est cette idée qui a fait casser pour défaut de base légale, par la Cour de cassation, le 9 juin 1896 (3), deux arrêts de Nîmes et de Rennes qui avaient omis d'exprimer que les ouvriers intéressés avaient poursuivi un but professionnel.

Employer les libertés syndicales et le droit de grève dans des desseins étrangers aux intérêts économiques, c'est, dans la théorie que nous exposons, commettre un abus de ces droits.

Le droit de réponse.

C'est encore à ce critère du caractère antisocial du droit que paraît s'être rattachée la Cour de cassation

(1) D. 1896, I, 582.

(2) Nîmes, 30 janvier 1907. D. 1908, II, 171.

(3) D. 1896, I, 582.

dans l'affaire Dubout-Brunetière. Il s'agissait de savoir quel sens la loi avait voulu donner au droit de réponse. Ce droit devait-il servir à l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique à se défendre contre l'ironie ou la violence de la critique? ou bien ce droit pouvait-il permettre à un auteur de publier la plus grande partie d'une pièce dramatique? La Cour de cassation décida que contraindre chacun des journaux et écrits périodiques à publier un ou plusieurs actes d'une pièce et même la pièce tout entière, remplir ainsi les colonnes des journaux et revues et enrayer de la sorte toute critique serait commettre un abus du droit de réponse (1). Encore, dans cette situation, le droit était détourné de son sens social.

L'abus du droit dans les contrats.

Ainsi, les droits extra-contractuels, droit de famille, droit de propriété, droit de grève, liberté de la presse ne sont donnés au titulaire qu'à charge d'en user pour rechercher tels buts déterminés. Mais, d'autre part, même dans les contrats, où pourtant les manifestations de la volonté des contractants sont essentielles, la considération de l'intérêt social n'est pas

(1) Cass. 17 juin 1898. S. 1898, I, 537.

négligée. En dehors même de la contrariété du but du contrat avec la notion des bonnes mœurs, on se préoccupe d'une harmonie entre la poursuite des fins individuelles des contractants et la recherche du but social et collectif. « Le contrat n'apparaît pas seulement sous la couleur essentiellement égoïste qu'on lui donnait autrefois, il est aussi une manifestation individuelle de l'activité collective, un événement où le souci de l'intérêt général se trouve accidentellement confié à tel ou tel qui en est l'agent (1). » Et, dans cette conception, « la mission du juge est précisément de contribuer à faire ressortir ce caractère collectif et équitable (2) » du contrat.

Notre jurisprudence ne va pas jusque là ; elle n'accorde pas aux droits contractuels une finalité sociale. De tels droits ne sont pas orientés d'une manière étroitement définie, comme ceux que nous avons précédemment analysés. La société ne se sert pas ici de l'individu, porté à rechercher son intérêt pour lui faire, par surcroît, atteindre une fin sociale déterminée. Le contrat a une fin sociale en ce sens large qu'aux négociations, aux relations juridiques, la société trouve son compte. Et ce but social lointain

(1) M. Meynial analysant « La déclaration de volonté » de M. Saleilles.

(2) *Ibidem*.

et général des droits contractuels sera violé quand il sera fait du droit un usage destructif des institutions établies ou une entreprise contre la loi. Et aussi bien, c'est dans ces cas que la théorie que nous analysons voit un abus du droit.

Ainsi le contrat de louage d'ouvrage à durée indéterminée est révocable librement par les parties, puisqu'il repose seulement sur leurs appréciations subjectives. La partie qui rompt le contrat peut toujours dire : *nasus displacuit*. Néanmoins, il ne faut pas que le congédiement soit inspiré par des considérations évidemment antisociales. Ce droit est détourné de sa destination quand il sert, non à rompre un contrat conclu avec une personne dont la moralité ou la capacité professionnelle sont médiocres, mais à s'opposer au libre jeu ou au développement d'une institution sociale. En ce sens, commet un abus du droit, dit la jurisprudence, le patron qui congédie un ouvrier ou qui refuse de l'embaucher, en invoquant cette raison que l'ouvrier est membre d'un syndicat (1). Du droit de congé, du droit de ne pas contracter, on fait une arme contre l'institution des syndicats. Il en est de même du patron qui refuse d'embaucher ou qui congédie un ouvrier pour le

(1) Tribunal Lille, 12 novembre 1906. D. 1908, I, 73 et note Jossierand.

motif qu'il est marié ou père de famille. L'usage d'un droit est abusif dès qu'il est destructif d'institutions comme le mariage ou la famille.

Critique de ce deuxième critère.

Que dans le détournement du droit de sa destination économique et sociale il faut voir non un abus du droit, mais un acte illicite.

Qu'ainsi que le dit M. Génv, on ne puisse découvrir « la mesure juste et vraie des droits individuels qu'en scrutant leur but économique et social, nous n'y contredisons pas. Mais de quel vice sera donc atteint un acte fait contrairement au but de la loi? S'il est vrai, comme l'a montré Ihering, que le droit a surtout une valeur téléologique, violer le but de la loi sera encore et surtout violer la loi elle-même. Si la règle juridique n'est exprimée que de façon insuffisante par les textes, « si tout sentiment fort et défini ne s'exprime pas dans une forme définie », il y aura deux façons de violer la loi, l'une que les anciens interprètes connaissaient seule, formelle, flagrante, évidente après la lecture du texte, et une autre, violation plus discrète, que la recherche du sens social de la loi nous révélera. Ces deux atteintes portées à la loi sont de même nature : si celle-ci est

de constatation plus difficile que celle-là, dès qu'elles sont notées elles révèlent une irrégularité identique et comportent la même sanction. Si on admet que le droit a un but social, il faut reconnaître que tout acte fait contrairement à ce but est fait sans droit ; ce serait d'une doctrine paresseuse de ne point tirer la conclusion que comportent les prémisses de ce raisonnement, et d'admettre que la violation du but du droit constitue seulement un abus du droit. Nous ne croyons donc pas que « lorsqu'une institution juridique sert à obtenir un résultat autre que celui que lui a assigné le législateur, l'abus commence (1) ». Lorsqu'il est exercé dans un sens contraire ou étranger à la fin prévue par le législateur, un droit perd sa valeur juridique ; dans de telles situations, il y a défaut de droit et non abus du droit.

Appréciation commune des deux premiers critères.

— *Le droit, objectivement envisagé, ne peut être abusivement exercé.*

Les deux critères que nous avons examinés ne nous semblent donc pas exacts. Un argument de logique a depuis longtemps été dirigé contre ces deux

(1) Reynaud. Thèse, Paris, 1904, p. 49-50.

critères. Il ne peut y avoir « usage abusif d'un droit quelconque par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit (1) ». Abuser d'un droit, ce serait sortir des limites de ce droit; mais au moment même où ces limites sont franchies, on n'agit plus *jure*.

Cette réfutation repose, au dire de M. Josserand, sur « un simple jeu de mots (2) ». « Le mot *droit* a « deux acceptions fort différentes : tantôt il désigne « une prérogative déterminée; tantôt il se réfère à « l'ensemble des règles sociales; en ce sens, on dira « que tel principe est admis dans notre droit. Or il n'y « a aucune espèce de contradiction à ce qu'un acte « soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé « et cependant contraire au droit *lato sensu*(3). »

Ainsi, M. Josserand oppose le sentiment du droit aux droits positifs, alors que ces deux notions — loin de se contredire — se complètent. Le sentiment du droit est une composante dans la formation des droits positifs. Le droit *lato sensu* n'est, pour M. Josserand, rien autre chose que l'impératif moral et social qui se réalise dans les textes législatifs. Or, que

(1) Planiol. *Traité*, t. II, p. 871.

(2) Josserand. *De l'abus des droits*, p. 78.

(3) Josserand. *Ibidem*.

ces préoccupations morales et sociales aient un rôle important dans la formation du droit positif, c'est légitime; mais cette œuvre législative réalisée, l'interprète ne saurait avoir à assouplir, par ses inspirations d'équité personnelles, un texte impérieusement clair. Ce serait mettre l'art à la place de la science et le caprice au-dessus de la règle.

Cette place faite au sentiment du droit était peut-être légitime dans un système d'interprétation qui bornait la recherche de la norme juridique à l'analyse littérale du texte; ce texte, rigide, il fallait l'expliquer et l'assouplir par la notion de l'équité. Il en est autrement dans un système d'interprétation qui, pour la détermination du contenu du droit, recherche la pensée tout entière du législateur; parmi ces éléments divers qui, ensemble, forment le droit, la préoccupation morale du législateur, le sentiment du droit ont leur place; le droit *lato sensu* est donc contenu dans le droit positif et n'y contredit pas.

CHAPITRE III

Examen d'un troisième critère. — La notion d'abus du droit est subjective.

Il nous paraît que le vice que nous recherchons ne saurait être trouvé dans l'acte juridique qui, envisagé en soi, abstraitement, objectivement, est correct et légitime s'il s'appuie sur la légalité expresse ou tacite, ou sans valeur juridique s'il heurte « les principes sous-jacents à la légalité ». Entre ces deux situations, si l'on ne considère que l'acte juridique, il n'y a pas place pour une situation intermédiaire. Si, au contraire, on envisage, non plus l'acte en soi, mais l'agent et le principe d'action qui le détermine, peut-être pourra-t-on définir et caractériser l'abus du droit.

Le vice auquel correspond la notion d'abus du droit est, semble-t-il, inhérent à la pensée de l'auteur, à son intention : il est dans le mobile ou le motif, considérations intellectuelle ou sentimentale, qui décident sa volonté.

Cette critique des motifs se retrouve dans bien des situations juridiques (1) ; l'intention mauvaise, mali-

(1) Cf. Thèse Porcherot (article 52 de la loi du 3 mars 1841 et article 1153 C. civ.).

cieuse, est la raison de nombreuses nullités. Il ne faut pas qu'une faculté juridique soit mise au service de pensées de haine ou de rancune. *Malitiis non est indulgendum*, tel est l'adage à l'abri duquel il faut placer la théorie de l'abus du droit. Un acte a beau être objectivement irréprochable, la pensée de l'auteur peut le vicier.

C'est la pensée, le mobile de l'auteur de l'acte qui entraînent la nullité de certaines donations, notamment. Ainsi, les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de recevoir de leurs parents autre chose que des aliments. Limitation inutile, puisque la reconnaissance de ces enfants est interdite, ainsi que la recherche de leur filiation. Rien ne vicie donc objectivement les donations qui sont faites par les parents à ces enfants. Cependant, la jurisprudence apporte à cette situation un correctif : l'acte de donation sera nul s'il peut être prouvé que cette donation a été faite par le donateur en considération de sa paternité supposée. La pensée, les mobiles du donateur suffisent à faire annuler un acte qui, envisagé en soi, est correct (1).

La même solution est exprimée par la jurispru-

(1) Cass. 31 juillet 1860. D. 1860, I, 458. — Pau, 16 juin 1884. D. 1885, II, 254. — Limoges, 27 février 1900. D. 1902, II, 281.

dence en matière de donations faites entre concubins. Ces sortes de donations sont en principe valables. Cependant elles peuvent être annulées si, dans l'esprit du donateur, elles sont le prix de complaisances coupables (1).

Il semble bien que cette considération de la raison déterminante de l'individu ait dans la jurisprudence un rôle important. Nous en trouvons encore une application en matière de nationalité. « La naturalisation obtenue dans la pensée unique ou prédominante de faire fraude à la loi française et d'arriver, par l'acquisition de la qualité d'étranger, à se soustraire à ses prescriptions ou obligations (2) » ne produit pas d'effet juridique, aux termes de la jurisprudence. Et, ajoutent les auteurs, « cette jurisprudence nous paraît fondée (3) ».

De même le prêt d'argent est nul quand la somme prêtée avait, dans la pensée des auteurs, une destination illicite (4).

Que la pensée d'un agent puisse suffire à faire tomber son acte tout entier, cela peut donc être

(1) Dijon, 22 mars 1900. D. 1900, II, 45.

(2-3) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Traité de droit civil*, p. 549.

(4) Paris, 26 janvier 1894. D. 1895, I, 263.

admis sans heurter les principes de la technique juridique (1).

Mais quelle est exactement la notion d'ordre subjectif qui va nous servir à préciser notre critère ?

Divers critères d'ordre subjectif.

L'intention de nuire.

Que l'intention de nuire, la *malitia*, suffise pour compromettre la valeur juridique d'un acte, c'est ce qu'accordent tous ceux qui voient dans l'abus du droit une notion subjective. Déjà depuis longtemps admise (2), cette conception est généralement tenue pour vraie. « Une jurisprudence immuable appuyée par une doctrine tout entière considère que l'exercice d'un droit donne lieu à des dommages-intérêts et que l'article 1382 devient applicable si le droit est exercé uniquement dans une intention malicieuse (3). »

Et, pour justifier cette solution, on invoque des

(1) Le Code civil allemand et le Code suisse des obligations font de l'abus des droits une notion à base de volonté, plus exactement à base d'intention. — Jossierand. *De l'abus des droits*, 1905, p. 50.

(2) De l'Hommeau Domat. *Lois civiles*, livre II, titre VIII, section 3, règle 9.

(3) Cass. 9 juin 1896. S. 1897, I, 25.

raisons qui semblent bien décisives. « Ce n'est pas pour nous permettre de nuire à autrui, dit M. Josserand, que les droits nous ont été conférés et que l'exercice nous en est assuré par les pouvoirs publics. » C'est la même idée qui est exprimée par la Cour de Liège : « La loi ne reconnaît pas pour légitime l'usage d'un droit uniquement exercé pour nuire à autrui : *malitiis non est indulgendum*, maxime qui touche aux conditions d'existence de la société civile, évidemment intéressée à ce que ses membres soient protégés, dans la sphère de leur activité sociale, contre l'entreprise des mauvaises passions (1). »

La loi morale suivant laquelle il ne faut pas nuire à autrui devient une obligation juridique ; ainsi, par la recherche des motifs qui déterminent l'auteur d'un acte, le juge va, comme dit M. Hauriou, « plus loin que la légalité ». C'est « que la loi suppose la conscience, car, qu'elle vise la justice ou l'utilité, elle a dans la conscience sa source première, son principe de vie et de perfectionnement (2) ».

Les espèces sont nombreuses où ce critère a été posé :

Un propriétaire ne peut pas, sans abuser de son

(1) Arrêt Liège, 9 février 1888. S. 1890, IV, 14.

(2) Boutroux. *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, p. 7.

droit, élever en face de la fenêtre de son voisin une fausse cheminée dans le dessein d'obscurcir le domaine de ce voisin (1). C'est dans une situation semblable que se trouve un propriétaire qui fait peindre en noir un des murs de sa maison pour assombrir les habitations contiguës (1). Il en est de même de celui qui détourne les veines d'une source d'eau minérale, méchamment, pour nuire au propriétaire de cette source (2).

L'abus du droit est aussi caractérisé par l'usage que fait un plaideur de ses droits d'appel et d'opposition et plus généralement de recours aux voies légales dans la seule intention de nuire à l'adversaire (3).

Et, de même, un syndicat professionnel commet un abus de droit quand, en dehors de tout intérêt et recherchant seulement un but de vengeance, il use de son droit de mise à l'index ou de grève dans le seul dessein de nuire à un patron ou à un ouvrier (4).

(1) Colmar, 2 mai 1865. — Trib. Sedan, 17 décembre 1901. S. 1904, II, 217.

(2) Lyon, 18 avril 1856. D. 1856, II, 199.

(3) Cass. 29 octobre 1890. P. F. 1891, I, 241. — Cass. 14 avril 1893. P. E. 1894, I, 429. — Cass. 9 mai 1893. P. F. 1894, I, 496. I, 496.

(4) Trib. Seine, 4 juillet 1895. D. 1895, II, 312.

Pour aussi généralement admis que soit ce critère de l'intention de nuire, il ne laisse pas d'être repoussé par certains auteurs. « On substitue la faute juridique à la faute morale, dit M. Esmein (1), et on transforme nos juges en censeurs. » Et c'est l'application de cette théorie qui semble « bien délicate » (2) à certains juristes. Mais la difficulté que l'on pourrait avoir à apprécier l'intention malicieuse ne saurait suffire pour faire écarter notre théorie. M. Josserand a montré que, dans bien des situations juridiques, il était nécessaire pour le juge de se livrer à la recherche des intentions et à l'analyse des motifs des parties.

Aussi l'opinion suivant laquelle l'intention de nuire caractérise l'abus du droit est-elle très généralement acceptée; elle correspond à la première étape dans la voie du critère subjectif. Mais des auteurs ne s'y attardent pas longtemps et exigent du titulaire du droit, soucieux d'éviter l'abus, plus que le respect de cette règle toute négative : s'abstenir du mobile malicieux.

(1) Note Sirey, 1898, I, 17.

(2) Bufnoir. *Propriété et contrat*, p. 808. — De même : Baudry-Lacantinerie. *Traité de droit civil, Obligations*, t. IV, p. 542.

Le motif légitime. — Le défaut d'intérêt.

Ces juristes auxquels nous faisons allusion estiment qu'il est fait abus d'un droit quand le titulaire agit sans intérêt ou que l'intérêt qui le détermine est peu avouable. « Le motif légitime, voilà, dit M. Josserand, le criterium exact, définitif, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus du droit. » Nous ne le pensons pas; si on veut admettre que déjà le droit est limité par son but, cette limite objective est la seule qu'il souffre; nous sommes maîtres de l'usage de ces droits dès que leur exercice, en soi apprécié, coïncide avec leur but social. Nous n'avons pas à donner les motifs de nos actions. La société suppose que l'égoïsme individuel réalisera les fins sociales; cette coïncidence est posée; le titulaire du droit n'a pas à établir que travaillant pour lui, il sert du même coup l'intérêt social. On ne saurait imposer à chaque instant à tout individu l'obligation de justifier de la pureté des motifs qui le déterminent et de la légitimité de son action.

A cette harmonie présumée des fins sociales et des fins individuelles, il ne peut être fait brèche, suivant nous, que par la démonstration d'un mobile évidemment antisocial : l'intention de nuire.

L'abus du droit est donc, nous semble-t-il, caractérisé par l'intention de nuire seule. C'est la seule

limite à laquelle se heurtent les droits individuels. La finalité de tels droits, du droit de recourir aux voies légales, par exemple, est orientée vers le titulaire du droit. « Ici, remarque M. Josserand, l'abus ne sera caractérisé que par l'intention malveillante (1). »

« D'autres facultés, ajoute cet auteur, sont concédées dans l'intérêt d'autrui plutôt que dans celui du bénéficiaire. » Qu'est-ce à dire, sinon que ce ne sont point là des droits individuels, qu'ils ont une finalité sociale et spéciale, et qu'ils n'ont de valeur en tant que droits qu'autant qu'ils servent cette finalité ? Ce sont plutôt des droits sociaux : tels les libertés professionnelles, les droits de puissance, le droit de propriété. De tels droits donnés à l'individu en vue d'une fin spéciale se heurtent — quand ils dépassent cette fin — non plus à la théorie de l'abus du droit, mais à celle du défaut de droit.

Et dans un monde où la préoccupation de l'intérêt social devient essentielle, une évolution incessante se fait dans la conception du caractère des droits. Reposant autrefois sur le seul intérêt de l'individu, le droit de propriété, le droit de contracter, prennent, nous l'avons vu, un certain sens social auquel se doit conformer le titulaire, s'il veut agir *jure*.

Ainsi, à mesure que la finalité d'un droit devient

(1) D. 1908, II, 73.

plus précise, la notion d'abus devient plus inutile. Comme le dit M. Porcherot, « l'abus du droit se conçoit surtout pour les droits les plus indéfinis ». Tout droit a-t-il pour fin moins l'individu que l'intérêt social, le droit de l'individu, étant limité par le but spécial et social à atteindre, est beaucoup plus étroit, et son exercice légitime beaucoup moins sujet à la limitation jurisprudentielle de l'abus du droit. Mais alors, c'est le droit lui-même qui est restreint de façon intrinsèque par le but qu'il doit servir, et il y a lieu de voir, dans le détournement de ce droit de sa destination précise, une illégalité et non un acte abusif.

SECTION II

Le critère du détournement de pouvoir.

CHAPITRE PREMIER

De la place du détournement de pouvoir dans le droit public. Qu'il faut voir dans cette notion la dernière expression actuelle de la limitation de l'arbitraire administratif.

Que l'Etat cherche la justification de ses pouvoirs dans la théorie de la force ou qu'on soutienne que l'autorité de fait dont il dispose lui est un titre suffisant ou bien qu'on accorde que son pouvoir lui vient d'une délégation divine, il ne peut rencontrer de limitation dans de telles sources d'autorité. La force secondera le bon plaisir et la délégation divine a été faite sans autres restrictions que celles que la morale suggère. Longtemps cet absolutisme ne fut guère contesté : ce n'est pas à dire qu'il n'y ait eu contre tels actes de l'autorité de violentes protesta-

tions ou des mouvements populaires, mais ces manifestations se produisent beaucoup moins contre le principe du gouvernement, la source et l'étendue de son autorité, que spécialement contre telle mesure prise ou à prendre ou personnellement contre tel représentant du pouvoir.

L'effort de pensée qui a préparé la Révolution de 1789 et le mouvement législatif que cette Révolution a réalisé ou inspiré, ont fermé à l'arbitraire certains domaines. Libertés de la presse, de réunion, d'association, droit de grève, liberté individuelle, sont autant de brèches faites au pouvoir absolu de l'Etat. Par là, les prérogatives de l'autorité sont limitées numériquement et, à ce titre, voir dans les réalisations législatives du siècle passé un décisif progrès, ne paraît pas être, comme le dit H. Spencer, une « superstition » (1).

Aussi bien cette limitation en étendue du rôle de l'Etat s'allie heureusement à une notion nouvelle de la souveraineté qui permet d'en mesurer et d'en apprécier le sens légitime. A l'ancienne conception du pouvoir s'est substituée la notion d'un rôle social que l'Etat doit remplir. Sans doute, les théoriciens du droit public avaient toujours fait aux représentants du pouvoir un devoir moral de gouverner selon les

(1) H. Spencer. *L'individu contre l'Etat*, édit. 1885, p. 116.

règles d'une sage administration (1); mais c'était là une obligation de conscience, non une règle de droit.

L'Etat n'apparaît plus aujourd'hui que comme un organe à but social, muni, pour la réalisation de ce but, de tous les pouvoirs utiles. C'est le sens de la théorie du contrat social reprise, après qu'il l'a débarrassée de son caractère de fait historique, par M. A. Fouillée. L'Etat doit se comporter comme si un contrat avait précisé son rôle, qui est de réaliser les desseins et le but de la société. Tout son pouvoir lui vient de son devoir.

C'est cette idée que se font de l'Etat MM. Izoulet (2), Léon Bourgeois (3), Bouglé (4). M. Léon Duguit traduit les mêmes conceptions, avec quelques termes nouveaux. « *L'imperium*, dit-il, c'est le droit subjectif de commander, droit absolu, indivisible, « existant par lui-même; c'est la puissance publique « que s'imposant sans autre raison que celle-ci : elle « est la puissance publique. Elle a pour titulaire la « cité, le peuple romain, l'empereur, peu importe.

(1) Comme le dit L. Duguit, le roi avait un droit subjectif de souveraineté (cf. Bodin, *Le Bret*, Loyseau). Conférence faite à l'Ecole des hautes études sociales, mars 1908.

(2) *La cité moderne*, 1896.

(3) *La solidarité*.

(4) *Le solidarisme*.

« Investi de l'*imperium*, le représentant de la collectivité impose sa volonté et elle constitue son droit. » Une telle conception est vieillie. Il ne saurait y avoir de droit subjectif pour quiconque ; il ne s'agit pas de déplacer la souveraineté ; il faut détruire cette arme trop brutale qu'il ne convient de laisser ni aux rois, ni aux Parlements, ni aux classes, ni aux masses. Théorie qui supprime la souveraineté quand il suffirait de préciser et de limiter son rôle.

La souveraineté, quel qu'en soit le titulaire, a un but défini : l'administration de l'Etat. L'autorité voit son rôle commandé par son but.

Voilà une transformation autrement profonde que celle de la Révolution, si celle-ci, « loin de diminuer au profit de la liberté le domaine de la souveraineté, s'est bornée à transférer du prince au peuple la souveraineté avec tous ses caractères » (1), si « l'huile d'onction a seulement glissé d'une seule tête sur celle d'un plus grand nombre (2) ».

Maintenant, on demande à l'autorité ses titres et à chacun de ses actes la justification d'un but social à bon droit recherché. Donner aux pouvoirs que l'autorité a reçus une destination non conforme aux intérêts que ces pouvoirs doivent servir, c'est com-

(1) Benjamin Constant.

(2) H. Spencer.

mettre un acte qui est susceptible d'annulation pour excès de pouvoir (qu'on y voie d'ailleurs une situation d'incompétence ou de détournement de pouvoir). Et si on pense, comme nous le croyons, « qu'il y a dans l'ordre constitutionnel des fonctions ou des organes plutôt que des pouvoirs (1) », on ne poursuit, en ramenant l'autorité à servir strictement les intérêts auxquels elle doit satisfaire, qu'un *effort de légalité*.

Mais, en outre, un *effort de moralité* est tenté par la jurisprudence administrative, et c'est ce à quoi devrait répondre, selon nous, spécifiquement, la notion du détournement de pouvoir. Une décision prise, conformément au sens de la prérogative mise en œuvre, peut être déterminée dans l'esprit du fonctionnaire qui en est l'auteur par des sentiments contradictoires ou indifférents à l'idée de bonne administration. Objectivement correcte, une telle mesure peut être viciée par les motifs ou les mobiles qui l'ont inspirée. Cette analyse de la pensée intime de l'agent de l'autorité tendant à obtenir, non seulement des mesures conformes à la légalité, mais encore aux règles d'une bonne administration, semble bien représenter la dernière expression actuelle de l'effort dans la limitation de l'arbitraire administratif.

(1) G. Cruet. *La vie du droit*, p. 335.

CHAPITRE II

Définition du détournement de pouvoir.

C'est à ce double effort de légalité et de moralité que correspond la théorie du détournement de pouvoir. Sous cette dénomination sont rapprochées des situations où c'est la légalité « sous-jacente », inexprimée dans les textes, qui est violée, et aussi des irrégularités que découvre seulement l'analyse des motifs des décisions attaquées. Organe destiné à satisfaire tels intérêts, un fonctionnaire de l'autorité agit sans compétence, s'il recherche d'autres intérêts. S'il oriente ses pouvoirs vers d'autres fins que celles auxquelles il doit pourvoir, il sort du champ de sa compétence; il heurte donc la légalité objective, en dépassant les limites de son rôle. C'est ce qui a amené M. Laferrière à voir dans le détournement de pouvoir une variété de l'incompétence (1). De même, M. Hauriou dit : « Peut-être pourrait-on voir dans le détournement de pouvoir, ainsi entendu, une variété de l'incompétence (2) ? »

(1) Laferrière. *Traité*, II, 496.

(2) Sirey, 1901, III, 57, note M. Hauriou.

Mais il est des situations de détournement de pouvoir qui ne sont pas réductibles à l'incompétence. Il en est ainsi des décisions dont le but recherché s'harmonise avec le sens de la prérogative mise en œuvre, mais qui sont inspirées par des motifs ou des mobiles indifférents ou contraires au souci de la bonne administration. Ce serait dans de telles situations que l'on trouverait spécifiquement le détournement de pouvoir.

Mais cette distinction — que le raisonnement suggère — n'est point faite par le Conseil d'Etat. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence fait apparaître un double criterium du détournement de pouvoir. M. Hauriou indique qu'il faut voir dans cette notion « le fait d'un agent de l'administration qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites, use de son pouvoir discrétionnaire dans un *but* et pour des *motifs* autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué ». Et M. Laferrière voit dans cette théorie « une incorrection du *but* et des *intentions* (1) ».

Il est donc permis de distinguer, dans un exposé rapide de la théorie du détournement de pouvoir, les situations où le but du pouvoir est méconnu et celles où simplement les motifs de décision sont incorrects.

(1) Laferrière.. *Ibidem*, II, 549.

CHAPITRE III

Des situations où l'autorité méconnaît le sens et le but de sa compétence. Le détournement de pouvoir apparaît alors comme un effort de légalité.

« L'administrateur a usé d'un pouvoir qui lui appartient réellement quand il est exercé en vue d'objets déterminés ou dans des circonstances données, mais qui ne lui appartient plus quand il est exercé en vue d'autres objets ou dans d'autres circonstances. Il s'agit d'un pouvoir circonscrit par la loi, limité à des circonstances ou à des objets déterminés (1). » En vain fera-t-on remarquer qu'il ne peut être ici question que de pouvoirs discrectionnaires, lesquels sont, par définition, insusceptibles d'être « soumis à un contrôle de légalité (2) ». On répondra, avec M. Laferrière, que, « sans doute, la loi ne fixe pas à l'avance la teneur des décisions à intervenir, mais qu'elle détermine du moins le but général et l'esprit dans lequel elles doivent être prises (3) ». En méconnaissant ce but et cet

(1) Cf. Artur. Séparation des pouvoirs et des fonctions. *Revue de droit public*, 1903, p. 456.

(2) Artur. *Ibidem*.

(3) Laferrière, II, 441.

esprit, l'administrateur commet une « véritable illégalité (1) ».

Cette illégalité rentre dans le champ de la notion d'incompétence. Les règles d'attributions sont ici violées, non pas en ce sens que l'administrateur « est sorti des termes d'une énumération légale d'attributions, mais plutôt en ce sens qu'il est sorti des bornes de son administration, envisagée dans sa compétence générale et dans sa fonction, telle que nos lois administratives la comprennent (2) ».

Parfois même le fonctionnaire ne dépasse pas le cadre général de ses attributions, mais il sort du cadre spécial des intérêts qui peuvent être légitimement défendus en vertu du pouvoir particulier mis en œuvre. C'est la situation d'un administrateur qui assortit simplement l'ensemble de ses prérogatives à l'ensemble des besoins auxquels il doit satisfaire et qui, par une sorte de virement, sert, au moyen de telle prérogative exercée, un intérêt auquel il doit être pourvu grâce à une autre prérogative légale dont il est aussi le titulaire.

Le désaccord entre le dispositif d'une décision prise et le sens de la faculté exercée apparaît dans

(1) Laferrière, II, 549.

(2) S. 1901, III, 41, note Hauriou sous Boulangers de Poitiers. C. Etat, 1^{er} février 1901.

des espèces nombreuses où la jurisprudence du Conseil d'Etat a vu des détournements de pouvoir.

Ainsi des autorités qui gèrent les intérêts privés d'une personne morale, Etat, département ou commune, se serviront des pouvoirs discrétionnaires, dont par ailleurs ils sont revêtus dans un intérêt de police, au mieux des intérêts privés de cette personne morale (1). Soucieux de doter une ville de ressources nouvelles, un maire tentera de faire de ses pouvoirs de police des moyens fiscaux ou des instruments de monopole (2).

De même un préfet usera du pouvoir qui est le sien de délimiter le rivage de la mer ou le lit d'un fleuve navigable pour étendre le domaine de l'Etat au delà de ses limites légitimes (3).

Il s'agit, dans ces situations, d'intérêts de gestion poursuivis grâce à des pouvoirs de police. M. Hauriou les réunit sous l'appellation commune de détournements de pouvoir inspirés par « l'intérêt financier déguisé (4) ».

(1) C. Etat, 12 mai 1896. S. 1897, III, 121. — C. Etat. Lebon, 1900, 303, maire de Cancale.

(2) C. Etat, 15 février 1895. D. 1890, III, 21, Tostain et autres.
— C. Etat, 30 avril 1883, ville de Boulogne. — C. Etat, 3 décembre 1875. D. 1876, III, 41, Clairoun.

(3) C. Etat, 23 avril 1875. Lebon, 1875, 376.

(4) Hauriou. S. 1905, III, 17.

Un administrateur peut aussi détourner ses pouvoirs de police de leur sens légitime en les mettant au service des intérêts des particuliers. Ainsi un préfet interdit l'accès de la cour d'une gare à toutes autres voitures que celles qui appartiennent à une personne déterminée. Il est bien certain que le préfet a le pouvoir de régler comme il l'entend, discrétionnairement, le stationnement et la circulation des voitures dans les cours des gares, mais à la condition qu'il agisse dans l'intérêt de la circulation (1). Le règlement annulé par l'arrêt Lesbats était destiné à satisfaire l'intérêt d'une personne privée.

De la même nature est la situation d'un maire qui, se fondant sur ses droits de police, crée des privilèges au profit de tels commerçants, seuls autorisés à vendre certaines denrées (2), ou procure des avantages financiers à ses administrés. Par exemple, pour éviter aux touristes qui font l'ascension du Mont-Dore l'obligation de payer aux propriétaires de ce terrain certaines redevances en accédant sur la partie supérieure du pic, une autorité administrative attribue à une route une largeur — de dix mètres — de beaucoup supérieure à celle que com-

(1) Arrêt Lesbats. C. Etat, 25 février 1864.

(2) C. Etat, 31 mai 1807, Negro. — C. Etat, 18 décembre 1822, Laroque.

mandent les nécessités auxquelles doit pourvoir la police de la voirie (1).

L'administrateur qui en use ainsi méconnaît les règles de sa compétence, puisqu'il sert, au moyen de pouvoirs à finalité définie, des intérêts étrangers à cette finalité.

CHAPITRE IV

Des situations où l'autorité, agissant conformément au sens de sa compétence, s'inspire, dans les décisions qu'elle prend, de motifs étrangers à la notion de bonne administration.

Il est d'autres situations très voisines de celles que nous avons étudiées, mais à notre avis essentiellement différentes. Ici la décision attaquée est objectivement correcte : elle ne déborde pas le cadre de la compétence de son auteur, elle a été prise conformément au sens du pouvoir exercé. Mais les motifs qui ont déterminé le fonctionnaire sont blâmables. Situation légale créée par un fonctionnaire dominé par des pensées étrangères à la bonne administration.

(1) Arrêt Raynaud. C. Etat, 28 février 1902.

Ainsi, quand, en 1872, des arrêtés préfectoraux ordonnèrent la fermeture de certaines manufactures d'allumettes au nom de la salubrité publique et en se fondant sur le droit de surveillance et de contrôle des établissements dangereux, incommodes et insalubres, ces arrêtés étaient en eux-mêmes absolument réguliers. La mesure prise pouvait être légitimement poursuivie en vertu de la prérogative invoquée. L'arrêté était en harmonie avec le but du pouvoir exercé, mais il avait été inspiré par des motifs contraires à la bonne administration, puisque l'intérêt de salubrité invoqué cachait des motifs de fiscalité, indiqués tout au long dans une circulaire du ministre des finances du 18 février 1874.

C'est à une situation de même nature que se rapporte l'arrêt Maugras (1). En vertu de son pouvoir disciplinaire, le maire de Denain suspend de leurs fonctions, pendant un mois, le brigadier de police Lesage et l'agent Maugras. C'est un intérêt de police qui, expressément, commande cette mesure, et, comme le maire apprécie discrétionnairement cet intérêt, une telle décision, examinée en soi, est donc régulièrement prise. Mais ce pouvoir de police a été

(1) C. Etat, 16 novembre 1900. *Revue générale d'administration*, février 1901, note Le Goux. — De même : C. Etat. D. 1911, III, 125.

dirigé par une volonté coupable ; les motifs qui ont décidé le maire de Denain à prendre à l'égard de Maugras la mesure de suspension indiquée sont étrangers et, en l'espèce, contraires au devoir de sa charge. Ils sont punis, en effet, pour avoir dressé un procès-verbal à une parente de la domestique du maire, et, en somme, pour avoir trop bien accompli leurs fonctions.

De même, en se fondant sur l'intérêt de la circulation, un maire défend à une société musicale de jouer et de sortir en corps sur la voie publique ; il est sûr qu'au nom de cet intérêt invoqué on peut, à bon droit, prendre cette mesure. Mais une telle interdiction ne peut s'expliquer que par des motifs incorrects quand une seule société est victime de cette mesure (1).

La nomination des officiers publics et ministériels est, de la part du ministre de la justice, un acte discrétionnaire. Celui-ci peut donc indéfiniment refuser d'agréer les candidats successivement présentés par le démissionnaire, à la condition que ces refus réitérés ne soient pas considérés, dans son

(1) C. Etat, 13 janvier 1893, Potiron. Lebon, 1893, p. 6. — C. Etat, 1^{er} juillet 1898, Gay. Lebon, p. 498. — C. Etat, 29 décembre 1905. D. 1906, III, 86.

esprit, comme un moyen d'arriver à obtenir du titulaire une démission pure et simple (1).

Toutes ces espèces nous montrent un administrateur prenant des décisions que permet le pouvoir qu'elle invoque : la légalité est respectée. La pensée du fonctionnaire est seule incorrecte ; il est déterminé par des soucis de malveillance ou de faveur, de complaisance ou de haine et, sous le couvert de l'intérêt public qu'il paraît servir, il satisfait ses passions personnelles.

Pour faire apparaître la différence que nous voudrions faire entre les deux catégories de situations que nous avons essayé d'analyser, faisons appel à deux arrêts, successivement intervenus dans une même affaire. La Société Thorand s'était formée en vue d'amener par des travaux de canalisation les eaux du Puy-de-Dôme dans certaines communes de la Limagne. Des arrêtés préfectoraux avaient octroyé des concessions sous certaines voies publiques pour établir ces canalisations ; ces arrêtés constataient d'ailleurs que, par ces concessions, l'intérêt de la circulation ne se trouvait pas compromis. Et cet intérêt de la circulation était le seul qui, pour ces concessions de voirie, pût être pris en considé-

(1) C. État, 22 mars 1901. Lebon, 1901, 321 ; S. 1902, III, 1.
— D. 1902, III, 64, Roz et Herpin.

ration. A quelque temps de là, des industriels protestèrent, en leur qualité de propriétaires riverains des eaux captées, contre les concessions accordées. Et le préfet, par un arrêté du 5 août 1887, retira les permissions de voirie, en invoquant l'intérêt des propriétaires des eaux à canaliser.

Nous croyons que, pour caractériser cette situation, la notion d'incompétence nous suffit ; c'est dans un intérêt privé et non dans l'intérêt de la circulation, le seul auquel soient subordonnés les autorisations ou les retraits en matière de permission de voirie que le préfet du Puy-de-Dôme a pris son arrêté de révocation du 5 août 1887. Une telle mesure nous semble donc illégale, contraire aux lois de la compétence.

Le Conseil d'Etat annula cet arrêté (1) (non pour incompétence, mais pour détournement de pouvoir), le préfet ayant agi, non dans un intérêt de voirie, mais dans un intérêt privé.

C'est alors que le préfet prit un second arrêté — semblable au premier dans son dispositif, puisqu'il prononçait également le retrait de la permission de voirie — mais différent en ce qu'il invoquait la défense des intérêts de la circulation. Cet arrêté était

(1) C. Etat, 8 février 1889, Société Thorrand. Lebon, 1889, 263 ; 2^e arrêt. Lebon, 1893, 450.

donc conforme à la légalité. Mais n'était-il pas à craindre que, sous les apparences correctes d'un intérêt légitimement défendu et expressément invoqué, le préfet n'obéît encore aux motifs premiers qui avaient inspiré sa décision première? C'est ce qui apparut au Conseil d'Etat qui annula ce deuxième arrêté, « considérant que le préfet a retiré une « deuxième fois l'autorisation dont il s'agit... en « alléguant... que l'exécution ou l'entretien des travaux autorisés pouvait gêner la circulation, mais « qu'une telle allégation n'est pas de nature, dans « les circonstances où elle s'est produite, à changer « le véritable caractère de cet arrêté et à en empêcher l'annulation ». Ce sont donc les motifs intimes auxquels obéit le préfet qui suffisent à faire tomber la décision qu'ils ont inspirée. Et c'est ce deuxième arrêté qui, seul, nous paraît contenir un détournement de pouvoir (1).

Pour caractériser cette notion, il faut faire appel, non à des considérations de légalité, mais de moralité administrative. Et c'est justement que M. Hau-

(1) Le détournement de pouvoir intervient surtout dans l'exercice du pouvoir de police générale. C'est là une notion souple, indéterminée et, tout en restant dans les limites lointaines et mal définies de la légalité, on peut commettre des actes coupables.

riou peut dire que, dans le détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat va « plus loin que la légalité ». M. R. Jacquelin reconnaît aussi que le détournement de pouvoir n'est pas « une véritable illégalité ». C'est un contrôle de moralité administrative et de sagesse qu'exerce le Conseil d'Etat dans le détournement de pouvoir *stricto sensu*. « Le détournement de pouvoir correspond à la notion de bonne administration et l'activité du pouvoir administratif est conditionnée par une fonction à remplir, qui serait la fonction administrative (1). » Bonne administration, devoir administratif, voilà les expressions qui nous font comprendre le détournement de pouvoir.

Quelles sont donc les règles de la bonne administration, les obligations morales du fonctionnaire d'autorité? A cette question, M. Hauriou répond par les précisions qu'il donne au sujet du caractère de la fonction administrative. « La fonction administrative est essentiellement de police, ce qui revient à dire qu'elle est essentiellement politique. « Nous prenons le mot police dans son sens large, « dans celui où le prenaient les anciens auteurs « quand ils disaient : la police est le règlement de « la cité. Le règlement de la cité, c'est tout ce qui

(1) Note Hauriou. S. 1905, III, 17.

« intéresse le corps politique, non seulement sa sécurité, sa protection, mais aussi son développement, et, en conséquence, la fonction administrative justifie l'intervention de l'administration toutes les fois qu'il y a nécessité politique (1). »

Et sans doute il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier la qualité, l'opportunité des raisons administratives qui, dans les actes discrétionnaires, déterminent le fonctionnaire, mais encore faut-il que ce soient des raisons administratives qui le décident. « Le juge administratif, dit M. Hauriou (2), doit s'interdire l'appréciation des motifs administratifs des actes qui lui sont soumis, sans quoi il entreprendrait sur les attributions de l'administration active; mais encore faut-il que les motifs soient administratifs, et, dans le détournement de pouvoir, il s'agit justement de savoir si les motifs d'un acte sont administratifs. (3) »

C'est cette analyse que ne manque pas de faire le Conseil d'Etat. Nous la remarquons notamment dans son arrêt du 1^{er} février 1901 (4). Le conseil municipi-

(1) S. 1901, III, 41.

(2) S. 1901, III, 57, note Hauriou.

(3) C'est l'esprit politique qui justifie l'exercice du pouvoir général d'administration.

(4) Boulangers de Poitiers. S. 1901, III, 41.

pal de Poitiers avait accordé une subvention de 9.500 francs à une coopérative de boulangerie. Les boulangers de la ville introduisirent un recours devant le Conseil d'Etat. Cette juridiction avait donc le devoir de pénétrer le caractère de la décision entreprise. La nécessité politique, au sens large, c'est-à-dire l'intérêt de la salubrité, de la santé, de l'alimentation publique, tous motifs administratifs, déterminaient-ils une pareille mesure? Si oui, il n'appartenait pas au Conseil d'Etat de l'apprécier. Mais déjà les boulangers locaux pourvoyaient à l'alimentation de la ville de façon suffisante et dans des conditions convenables d'hygiène et de salubrité. Ce n'était pas une pensée de bonne administration qui avait animé le conseil municipal en cette occurrence, et, pour cette raison, la délibération attaquée fut annulée.

De même, il peut être dicté par le souci de la bonne administration, d'attirer dans une commune, par l'offre d'un traitement municipal, un médecin qui devra y assurer le service médical des indigents (1). Mais il faut qu'à cet intérêt de la police de la santé publique, il ne soit pas déjà satisfait par des praticiens antérieurement établis, car alors le but administratif ferait défaut (2).

(1) Bonnardot. S. 1898, III, 107.

(2) Casanova-Canazzi. S. 1901, III, 44.

Le Conseil d'Etat apprécie donc le caractère administratif des motifs qui décident l'autorité. Mais son contrôle ne saurait lui permettre d'apprécier la « valeur » administrative de ces motifs, l'opportunité des mesures prises. Le contenu pratique des décisions, la technique administrative échappent à l'examen du Conseil d'Etat. Notamment, en présence d'un arrêté du ministre des Travaux publics permettant de substituer sur une ligne de tramway la traction à trolley à la traction à vapeur, le Conseil d'Etat ne saurait se préoccuper de savoir si l'emploi du nouveau mode de traction permis cause « de véritables désagréments à la population ». Il fait justement observer qu'il ne lui appartient pas d'apprécier les raisons d'ordre technique du ministre des Travaux publics.

Et si de même, un administré, sans contester d'ailleurs le souci de bonne administration de l'autorité compétente, prétend que la déclaration d'utilité publique de la création d'une place de marché constitue une décision entachée de détournement de pouvoir parce qu'un pareil travail « ne profite qu'à une partie de la population », le Conseil d'Etat se bornera à répondre que cette mesure est « en elle-même » d'intérêt général et qu'il ne lui appartient pas d'en « apprécier l'opportunité ».

Ainsi, le Conseil d'Etat, grâce à la théorie du détournement de pouvoir, est le gardien de la bonne

administration, qu'il n'apprécie pas dans la valeur technique, dans l'opportunité des mesures prises, mais dans le souci administratif qui les dicte : sans prétendre déterminer comment doit être assurée pratiquement la police, il veille à ce que l'autorité administrative ne recherche qu'un intérêt de police. Pour découvrir et reconnaître un tel intérêt, il fait appel à l'examen des circonstances au milieu desquelles est rendue la décision qui prétend y satisfaire : pour prendre une notion plus exacte du caractère d'intérêt général de la mesure attaquée, le Conseil d'Etat n'examine pas cette mesure seulement en elle-même, mais dans les effets dont elle était susceptible, dans les conditions données de temps et de lieu. Dira-t-on alors que, contrairement à notre affirmation, le Conseil d'Etat appréciera l'opportunité de la décision entreprise ? Il s'informe seulement de son opportunité pour apprécier son caractère politique (1) : l'opportunité politique d'une mesure la justifie. Ainsi, un arrêté qui alloue un traitement municipal à un médecin pour l'engager à s'établir dans une commune sera justifié du point de vue de la police de la

(1) C'est le besoin auquel cette mesure doit satisfaire que doit apprécier le Conseil d'Etat. Arrêt Bonnardot précité et C. Etat, 26 juillet 1907. D. 1908, III, 11.

santé publique, s'il n'y a pas de médecin dans la région. C'est là la « circonstance exceptionnelle » qui permet une telle mesure.

En d'autres termes, le Conseil d'Etat ne reste pas étranger à l'opportunité des décisions de l'autorité : il y voit un élément précieux de l'appréciation qu'il doit porter sur le caractère d'intérêt public de l'acte entrepris. On pourrait peut-être dire qu'il s'intéresse à l'opportunité « politique » de cet acte, renonçant à rechercher quelle est la valeur de ce moyen d'administration. Il était utile de satisfaire à tel intérêt : le souci de la bonne police en faisait à l'autorité une obligation. Voilà ce que le Conseil d'Etat devait contrôler. Appréciant quels sont dans un milieu donné les besoins politiques auxquels il faut pourvoir, le Conseil d'Etat mesure sur l'étendue de ces devoirs le champ de l'activité légitime de l'administration. Mais sous quelle forme, par quels moyens, l'administration s'acquitte de son rôle, le Conseil d'Etat ne saurait en décider (1).

En somme, certains pouvoirs de police sont indéterminés, inconditionnés, discrétionnaires. Mais il ne faut pas que, sous l'apparence de la défense de

(1) C. Etat, 19 mai 1905. D. 1906, III, 12. — C. Etat, 13 décembre 1878. Lebon, 1028. — C. Etat, 21 décembre 1906. D. 1907, III, 41, conclusions Romieu.

l'intérêt public, des considérations d'ordre privé déterminent l'agent de l'autorité. Veiller à ce que ces larges pouvoirs ne soient pas détournés de leur finalité légitime, c'est la tâche du Conseil d'Etat. Faire servir un pouvoir discrétionnaire à la satisfaction de soucis étrangers ou contraires à la bonne administration, c'est commettre un détournement de pouvoir.

CHAPITRE V

Comparaison des critères du détournement de pouvoir et de l'abus du droit.

Souvent comparées, ces deux notions ont toujours paru rapprochées par un même souci de moralité qui les domine. M. Hauriou remarque que l'abus du droit répond à la considération du bon commerce juridique et le détournement de pouvoir à celle de bonne administration.

La décision que le fonctionnaire a prise, contrairement aux règles de la bonne administration ou même — selon le Conseil d'Etat — contrairement au but précis qu'il devait poursuivre, est objectivement correcte. Mais son acte est contraire au devoir qui était le sien de bien servir. De même, le titulaire

d'un droit est souverain appréciateur de ses conditions d'exercice : néanmoins un tel acte peut donner lieu à réparation s'il est contraire à la règle morale de ne pas nuire à autrui.

Détournement de pouvoir et abus du droit sont donc deux théories qui visent à limiter, par des considérations de devoir, les pouvoirs et les droits. Mais l'appréciation de la conduite du fonctionnaire sera soumise à une plus sévère exigence que celle d'un particulier. C'est qu'il n'est pas lui-même la fin de son action, et ce n'est pas dans son intérêt à lui que lui sont donnés ses pouvoirs. Il ne suffit pas qu'il poursuive, pour que son acte soit correct, ce qu'une volonté sans malveillance lui suggère : il faut encore, qu'organe de l'Etat, il veuille et sache satisfaire aux soins d'une bonne administration.

Pour que l'abus du droit ne l'atteigne pas, il suffit que le particulier ne heurte pas les principes d'une moralité grossière. L'autorité soucieuse d'éviter le détournement de pouvoir doit assortir exactement les devoirs de sa fonction avec les pouvoirs qui lui sont confiés. Obligation toute négative et de réalisation facile d'une part, et, d'un autre côté, obligation positive et malaisée parfois à exécuter.

L'analyse de l'abus de droit nous a amené à penser que le critère de cette notion était d'ordre subjectif : c'est dans les motifs de décision de l'auteur de l'acte que doit être cherché le vice. Il en serait de

même pour le détournement de pouvoir, si de cette théorie on excluait les situations nombreuses où le pouvoir est exercé pour un but étranger ou contraire au but précis qu'il doit servir, situation où nous avons vu la manifestation d'une incompétence plus subtile et moins facilement saisissable. Mais puisque le Conseil d'Etat voit, dans ces espèces, des détournements de pouvoir, nous ne saurions dire que le critère de cette notion est toujours d'ordre subjectif. En dehors de toute analyse des motifs de l'auteur de l'acte, ce vice peut apparaître, ressortant du contraste ou du défaut d'harmonie entre le but légitime du pouvoir et le but actuellement poursuivi : dans de telles espèces, le critère est donc objectif.

Mais, s'il est vrai, comme nous le croyons, qu'en théorie pure, ces situations devraient rentrer dans la notion d'incompétence, et si on admettait qu'il ne faut voir le détournement de pouvoir que dans les situations où les mobiles, les motifs de l'auteur de l'acte sont étrangers à la notion de bonne administration, alors un lien de parenté nouveau unirait les deux notions, et l'une et l'autre se rattacheraient à un critère subjectif.

DEUXIÈME PARTIE

L'exercice comparé de l'action en abus du droit et du recours pour détournement de pouvoir.

SECTION PREMIÈRE

L'exercice des actions.

Si l'étude des critères de l'abus du droit et du détournement de pouvoir nous a montré entre ces deux notions des liens étroits de parenté, d'autre part la place de ces théories dans des domaines tout différents du droit va nous expliquer le contraste absolu qui apparaît entre elles quand on se préoccupe de l'exercice du recours administratif et de l'action du droit civil.

Le souci de la protection du droit de l'individu, la

considération du fait matériel abusif dont il a souffert sont à la base de la théorie de l'abus du droit : le droit civil envisage essentiellement l'abus du droit dans son résultat concret. La pensée de justice répartitive qu'exprime le vieil adage *cuique suum tribuere* et qui domine la théorie des obligations conduit à ne se préoccuper de l'abus du droit qu'autant qu'il se traduit par un fait dommageable. Par ailleurs le préjudice qui fonde l'action du droit civil aura un caractère étroitement personnel : les intérêts particuliers d'un individu ou d'un groupe d'individus seront seuls en jeu. L'abus du droit trouvera son fondement dans un acte matériel dommageable et visera à la satisfaction d'intérêts privés.

Le détournement de pouvoir, au contraire, naît d'une pensée de légalité ou plutôt de moralité administrative, abstraitement et impersonnellement envisagée. Le grief qui est dirigé contre l'administration sera déjà suffisamment caractérisé, en dehors de toute conséquence de fait, par la seule expression de la volonté de l'autorité, dès qu'elle aura pris sa forme et sa force obligatoires. La décision administrative est considérée en elle-même, indépendamment des actes matériels qui lui feront suite et des dommages qui en pourraient résulter.

CHAPITRE PREMIER

La source des deux contentieux et la nature des actes attaqués.

Dès la naissance de nos deux actions à la vie juridique la comparaison en fait apparaît les dissemblances.

« La faute n'existe que par ses résultats, c'est-à-dire par le dommage qu'elle a pu causer (1). » L'intention, la volonté de nuire ne justifient une action en abus du droit qu'autant qu'un fait matériel est intervenu à leur suite. Ici le litige naît au moment où le préjudice est réalisé où plutôt subi et trouve sa source dans ce préjudice même.

En matière de détournement de pouvoir, le contentieux se forme indépendamment de tout dommage éprouvé. Le Conseil d'Etat, juge de ce recours, envisage seulement la volonté de l'administration. La source du contentieux est ici dans une décision administrative devenue exécutoire.

Décision administrative, disons-nous, et nous remarquons déjà que le champ d'action du détourne-

(1) Planiol. *Traité*, II, n° 867.

ment de pouvoir est beaucoup moins large que celui de l'abus du droit. Seules des autorités administratives, le chef de l'Etat, les ministres, les préfets, les gouverneurs des colonies, les conseils généraux, les commissions départementales, les maires, les conseils municipaux et les assemblées ayant le pouvoir de prendre des décisions exécutoires sont exposées au détournement de pouvoir (1). Encore faut-il remarquer que les décisions qui n'ont pas un caractère administratif échappent à notre grief. Et notamment sont soustraits au contrôle du Conseil d'Etat les actes du gouvernement. Mais nous ne saurions admettre, avec M. Ebren, « qu'en principe les actes de pure administration, c'est-à-dire ceux que l'Administration accomplit d'après sa libre appréciation et non d'après des prescriptions légales échappent au recours pour excès de pouvoir (2) ». Bien au contraire, ce sont de telles décisions qui, essentiellement, nous semblent justiciables du détournement de pouvoir ; c'est pour ces décisions inconditionnées, discrétionnaires, que le Conseil d'Etat aura à rechercher si elles sont inspirées par une pensée administrative.

(1) Conseil de l'Université, aff. Bonsignorio. C. Etat, 9 février 1900. S. 1901, III, 17.

(2) Thèse. *Théorie du détournement de pouvoir*, p. 90.

Ce sont donc toutes les décisions administratives qui relèvent du détournement de pouvoir. Mais la volonté de l'Administration, que ces décisions expriment, n'importe qu'autant qu'elle revêt sa force obligatoire. Les velléités, les intentions de l'Administration ne sont rien; il faut que sa volonté se manifeste sous la forme d'un commandement susceptible d'être sanctionné par la force légale; un tel impératif s'exprime par une décision devenue exécutoire.

Une semblable décision est désormais réglementaire : elle a l'autorité de la loi. On ne conçoit pas qu'un pareil commandement obligatoire puisse se traduire autrement que dans des formes saisissables. Une réalité matérielle est indispensable à cette décision. Elle ne peut pas s'exprimer de façon fuyante, sous la forme d'un ordre oral (1). Le plus souvent la décision prend la forme solennelle d'un arrêté, souvent aussi de délibérations orales, nécessairement consignées, que prennent les assemblées délibérantes, parfois même la volonté de l'autorité se traduit dans une simple lettre missive. Toujours est-il nécessaire que l'Administration se crée un titre, un *instrumentum* qui, aux yeux des administrés, constituera la loi, et qui permettra au Conseil d'Etat d'apprécier

(1) Cuisinier. C. Etat, 1^{er} juin 1900.

l'usage que les organes administratifs font de leur pouvoir propre de décision.

Mais une telle obligation n'aura d'effet que sur les décisions positives que veut prendre l'Administration. Lorsque, mise en présence d'un intérêt auquel on lui demande de pourvoir, l'autorité sollicitée refuse de prendre une décision, son silence d'une durée de quatre mois équivaut à un refus ou plutôt à une décision de refus (décret du 2 novembre 1864, modifié par la loi du 17 juillet 1900, art. 3).

Ainsi, la comparaison du recours administratif et de l'action du droit civil fait apparaître dans la source même des deux contentieux un contraste absolu. Ici c'est un fait matériel avec ses conséquences dommageables qui, essentiellement, crée le litige; là c'est la volonté de l'Administration, en tant qu'elle élabore le droit réglementaire, qui va donner matière au contentieux.

Indépendamment de toute décision exécutoire, l'acte abusif peut se produire dans le droit administratif; il n'est pas nécessairement la conséquence de cette décision. Ainsi en est-il, dit M. Hauriou, des « passages à tabac » dont sont trop souvent agrémentées les arrestations opérées par les agents de la police.

Mais il est possible que le fait abusif ait été directement engendré et commandé par la décision exécutoire. L'Administration jouit du privilège d'obtenir

l'exécution de ses commandements avant même que leur valeur juridique ait été reconnue. Mais elle agit alors « à ses risques et périls », et s'il arrive que sa décision soit, par la suite, annulée, les actes qu'elle aura engendrés seront de pures voies de fait abusives (1).

L'abus du droit peut donc, parfois, apparaître comme une conséquence d'une décision exécutoire entachée de détournement de pouvoir. Mais les deux griefs que nous étudions ont une source différente, et les deux actions qui en dérivent s'attaquent, à la suite peut-être d'un même ensemble de mesures irrégulières, l'une à la décision qui ordonne, l'autre à l'acte qui préjudicie.

CHAPITRE II

Le fondement de l'action en abus du droit et le fondement du recours pour détournement de pouvoir.

La place de l'abus du droit dans le droit privé nous fait apparaître immédiatement qu'un simple intérêt ne saurait justifier l'exercice de cette action. C'est

(1) Aff. Olivier-Zimmermann.

un droit dont le demandeur doit rechercher la reconnaissance et la réalisation. L'article 1382, sur lequel l'action en abus du droit est fondée, exprime le droit pour la victime d'un dommage d'en obtenir une réparation.

Au contraire, « la doctrine universelle, aujourd'hui, c'est que le recours pour excès de pouvoir ne s'appuie pas sur un droit violé, mais sur un « simple intérêt (1) ». Inutilement se sont élevées contre cet assentiment général des voix autorisées. M. Barthélemy a essayé de montrer que les administrés avaient un droit subjectif au respect des règles de la compétence, au respect des formes et à l'exercice des pouvoirs conformément à leur but (2). De même, M. Artur a voulu prouver, par des exemples tirés de la jurisprudence administrative, qu'aussi souvent que des actes administratifs ont été annulés pour détournement de pouvoir et, plus généralement, pour excès de pouvoir, c'était un droit subjectif de l'administré qui servait de fondement au recours. Et M. Duguit, soucieux d'intégrer le droit administratif dans le cadre général du droit, soutient que

(1) Artur. *Séparation de pouvoirs et de fonctions*, précité, p. 421.

(2) *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*.

c'est un droit pour l'administré de demander le respect de la règle administrative (1).

Ces opinions n'ont pas prévalu contre la doctrine générale fondée sur l'histoire et sur l'analyse de la théorie du détournement de pouvoir.

La théorie actuelle du détournement de pouvoir et généralement de l'excès de pouvoir dérive de l'ancienne prérogative du roi, chef de l'Administration, de contrôler et, par suite, d'annuler les actes de l'Administration active. Aussi, primitivement, le recours pour excès de pouvoir présente l'aspect d'un recours hiérarchique. Le Conseil d'Etat n'est pas alors un tribunal, mais seulement une assemblée consultative ; l'excellent recrutement de ce corps, le souci de bonne administration qui l'anime, permettent au chef de l'Etat de s'en remettre aux avis qu'il exprime. Et, en fait, les décrets rendus au contentieux par le Conseil d'Etat, avant la loi du 24 mai 1872, sont, à la forme près, comparables aux arrêts actuels.

Au reste, que le Conseil d'Etat, d'organe de la justice retenue, soit devenu autorité judiciaire souveraine, il n'en saurait résulter *ipso facto* une différence dans le fondement de ce recours. L'excès de pouvoir doit être considéré comme un recours per-

(1) Duguit. *L'état de droit objectif*, pp. 613-617. — *Le droit social et le droit individuel*, p. 72.

mettant d'obtenir le respect des règles administratives dans l'intérêt de la bonne administration considérée en soi. Il n'y faut pas voir un moyen de faire respecter les droits des administrés. Cette conception n'a pu être modifiée par la réforme de la loi du 24 mai 1872. Sans doute, aujourd'hui, le recours pour excès de pouvoir a un caractère contentieux, mais cela ne saurait signifier qu'un droit subjectif de l'administré sert de fondement à cette action. Cette distinction est nettement posée par M. Hauriou. « Le Conseil d'Etat ne reconnaît pas le droit subjectif du réclamant : il dit le droit d'une façon absolue (1). »

Pour l'administré, il n'y a point de droit à faire valoir ; mais à la charge de l'administration, il est une obligation, celle de ne point s'éloigner des règles de la bonne administration. A l'égard des tiers, l'acte d'autorité est « inconditionné » ; « il est conditionné vis-à-vis de l'autorité elle-même par une sorte de moralité interne » (2). Si un tel acte tombe, c'est parce qu'en conscience l'Administration le réprouve. « L'Administration est la manifestation d'un pouvoir supérieur, et justement parce qu'il est supé-

(1) Hauriou. *Précis de droit administratif*, p. 271, en note.

(2) Hauriou. *Ibidem*, p. 266.

rieur, ce pouvoir se doit à *lui-même* de se montrer correct ».

Tel est le fondement juridique du recours pour excès de pouvoir. C'est sur cette base que s'est élevée notre théorie, grâce au double rôle administratif et juridictionnel du conseil d'Etat. Sans doute, ainsi que le remarque M. R. Jacquelin, c'est aux dépens de la séparation des fonctions administrative et judiciaire qu'un pareil recours s'est formé et se perfectionne. Mais c'est aussi grâce à cette confusion que le Conseil d'Etat, « haute conscience de l'Administration », et aussi juridiction souveraine, peut, au nom de la moralité administrative, faciliter les concessions de la part de l'Administration et a assez de force pour les imposer.

Mesure d'introspection par laquelle les actes de l'Administration sont examinés au point de vue de leur valeur abstraite et intrinsèque, le recours pour détournement de pouvoir n'a point pour but de faire reconnaître le droit de l'administré, pas plus, nous le verrons, que de protéger l'intérêt qu'il invoque.

CHAPITRE III

Les conditions d'exercice.

L'opposition de principe des deux actions, le contraste existant entre la satisfaction de l'intérêt matériel d'un individu et d'autre part le souci abstrait de la moralité administrative, vont encore nous faire comprendre les conditions toutes différentes de l'exercice de l'action pour abus du droit et du recours pour détournement de pouvoir.

Dans la théorie de l'abus du droit, nous l'avons vu, la considération du dommage éprouvé est essentielle. C'est l'affirmation du préjudice subi, du fait dommageable réalisé, qui est la raison même de l'action. La victime de l'acte abusif aura justifié ses prétentions quand il aura démontré qu'il a éprouvé un dommage et qu'une relation directe de cause à effet existe entre ce dommage dont elle souffre et le fait abusif qu'elle reproche à son adversaire malveillant. Le particulier défend son intérêt méconnu, son droit lésé, et recherche une réparation pratique et personnelle.

Le rôle de l'administré agissant en annulation d'un acte entaché de détournement de pouvoir est tout différent. Il se comporte un peu à la manière

d'un ministère public : son action est, semble-t-il, comparable aux anciennes *actiones populares* que connaissait le droit romain. Il apparaît comme un surveillant de l'Administration exerçant sur les actes de l'autorité un contrôle *à posteriori* et par voie contentieuse.

Que l'intérêt de l'administré ne soit pas la fin directe et voulue du recours administratif, c'est ce que prouve la théorie du recours parallèle, et aussi l'inattention et le désintéressement absolus que le Conseil d'Etat manifeste relativement aux conséquences personnellement dommageables des actes que le requérant attaque.

Mais, par ailleurs, le souci de développer le contrôle que peut exercer l'administré sur les actes de la puissance publique se révèle tant par des mesures législatives que par l'effort de la jurisprudence. N'est-il pas naturel de penser que l'administré, atteint par les illégalités et les fautes de l'autorité, sera porté à les signaler ? C'est pour faciliter cette surveillance que le décret du 2 novembre 1864 dispensait des frais de constitution d'avocat, et ne soumet qu'aux frais de timbre et d'enregistrement l'administré qui forme un recours pour excès de pouvoir. La loi de budget du 28 février 1906 va plus loin encore dans cette voie. Elle déclare que les recours pour excès de pouvoir seront introduits sans autres frais que ceux de timbre, et seront enregistrés en débet.

Par une autre voie, le Conseil d'Etat favorise cette possibilité de contrôle en recevant les demandes de représentants d'intérêts de plus en plus modestes. La notion d'« intérêt direct et personnel au réclamant » s'est, par une évolution continue, heureusement élargie. Les seules qualités d'habitant (1) d'une commune, de contribuable d'une commune permettent de protester, sans autre justification de dommage, contre les décisions de l'autorité qui l'administre (2).

Le sens de la pression très vive de l'opinion doctrinale qui a abouti à l'accueil de ces intérêts, la longue résistance du Conseil d'Etat, très averti des conséquences de sa décision, les conditions même dans lesquelles l'arrêt Casanova a été rendu, montrent que le souci de la bonne administration, plus que l'intérêt de l'administré, ont déterminé cette évolution de la jurisprudence. Sans doute, à l'annulation d'une décision qui irrégulièrement engage les finances communales, le contribuable trouve son compte : mais c'est là un intérêt incident.

Au reste, la décision attaquée peut tomber, sans qu'il en résulte parfois un avantage personnel pour le requérant. Il suffit de supposer que l'intérêt invo-

(1) Bunnot de Villiers. S. 1898, III, 59.

(2) Casanova. C. Etat, 29 mars 1901. S. 1901, III, 73.

qué par le requérant était seulement éventuel. Il en est ainsi pour le fonctionnaire qui attaque une décision de nomination à un emploi qu'il n'avait lui-même qu'une aptitude à obtenir (1), ou du soumissionnaire qui demande l'annulation d'une adjudication à laquelle il avait été admis.

Ainsi, l'intérêt de l'administré n'est ni la fin du recours, ni une conséquence nécessaire du succès de ce recours : tout au plus peut-on dire, analysant la pensée du requérant, qu'il se préoccupe généralement beaucoup plus de la conséquence qu'il attend de l'annulation de la décision que de la bonne administration sauvegardée par ses soins. Encore faut-il, à ce point de vue, signaler que nous assistons à la formation de syndicats d'habitants et de ligues de contribuables qui étudient et critiquent les décisions de l'autorité plutôt avec la préoccupation intime de faire triompher les règles de la sagesse administrative et budgétaire que dans le dessein égoïste de soutenir les intérêts personnels de leurs membres.

Nous sommes ainsi amené à penser que l'intérêt, d'ailleurs indirectement défendu, exigé du requérant comme simple condition de recevabilité de sa demande, va s'atténuant sans cesse pour se confon-

(1) C. Etat, 18 mars 1904. D. 1905, III, 78. — C. Etat, 1^{er} juin 1906. D. 1908, III, 2.

dre même avec le souci immatériel de la bonne administration. A cette limite extrême de cette notion d'intérêt, nous pouvons mesurer toute l'étendue de la différence qui sépare cette notion de celle du « dommage » dans la théorie de l'abus du droit. La victime d'un acte abusif, qui solliciterait réparation d'un préjudice personnel aussi humble que ceux que le détournement de pouvoir permet indirectement de défendre, se verrait opposer successivement les deux adages : *De minimis non curat prætor* et « pas d'intérêts, pas d'action ».

CHAPITRE IV

La durée d'exercice du recours et de l'action.

Une décision administrative exécutoire entachée de détournement de pouvoir peut menacer certains intérêts. L'irrégularité qu'elle contient ne saurait pourtant lui enlever la force obligatoire qu'elle puise dans son origine. Respect lui est dû de la part des administrés. Mais, nous le savons, le privilège de l'exécution préalable peut être, pour l'administration elle-même, un danger. De plus, l'autorité de la décision s'accroîtra quand, à la force exécutoire que

déjà elle contient, s'alliera l'affirmation définitive de sa correction juridique. Le soin de discuter la qualité et la valeur de cette mesure, en dehors du contrôle hiérarchique, est confié aux administrés qu'elle atteint. Mais la nature réglementaire de la décision et la nécessité de ne point laisser se prolonger l'indécision relative à la valeur juridique d'un commandement exécutoire, imposent que dans un délai bref les griefs que cette décision comporte soient exprimés. Ce délai, fixé à trois mois par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, est réduit à deux mois depuis la loi du 13 juillet 1900. Si, dans les limites de ce délai, aucune protestation ne s'élève sous la forme d'un recours en annulation, la décision est tenue désormais pour correcte et a l'autorité de la loi.

Le préjudice que cette mesure pourra entraîner pour l'administré se traduira peut-être dans un avenir fort lointain; mais ici encore, le souci de protéger l'intérêt de l'individu le cède à la préoccupation d'assurer promptement à la décision administrative toute son autorité juridique.

Lésé plus tard par des actes d'exécution qui feront suite à cette mesure, l'administré ne pourra plus se plaindre. Il en est tout autrement pour la victime d'un acte abusif. Elle peut intenter son action en réparation aussi longtemps que le préjudice dure, et la limite à l'exercice de son instance ne peut être

recherchée que dans les règles de la prescription des droits et des actions et, d'autre part, dans la règle de procédure suivant laquelle un intérêt doit toujours soutenir une demande en justice. La victime d'un acte abusif pourra donc exiger la réparation qui lui est due aussi longtemps qu'il aura intérêt à l'obtenir, en admettant que son action ne soit pas éteinte et que la prescription acquisitive n'ait pas encore régularisé, au profit de l'auteur, la situation abusive.

SECTION II

Les sanctions de l'abus du droit et du détournement de pouvoir.

CHAPITRE PREMIER

La sanction de l'abus de droit.

La double origine que nous avons assignée à l'abus du droit, d'une part l'article 1382 du Code civil, et, d'autre part, la maxime *malitiis non est indulgendum*, sa place dans un droit qui se préoccupe de justice distributive, tout cela nous fait penser que le but de cette action est une réparation au profit de la victime de l'acte abusif.

Mais cette réparation, quelle en sera la nature? Sera-ce seulement une indemnité pécuniaire à laquelle la victime pourra prétendre, ou bien cette réparation pourra-t-elle consister dans l'exacte remise en état des choses abusivement modifiées?

De ce qu'habituellement la réparation est pécuniaire, il n'en faudrait pas conclure que ce mode est le seul possible. C'est pourtant ce que longtemps avait soutenu M. Saleilles (1); il raisonnait, il est vrai, sur une espèce particulièrement favorable à son affirmation. Et nous devons, comme le savant professeur, reconnaître que les riverains d'une voie ferrée ne sauraient demander que les locomotives cessassent de circuler sur cette voie, sous prétexte que leurs fumées sont préjudiciables aux terres voisines. Sans doute. Mais nous n'avons pas vu dans cette hypothèse un exemple d'abus du droit, mais simplement un manquement au quasi-contrat de voisinage; c'est là un acte accompli, conformément au sens social du droit de propriété et qui viole seulement une obligation personnelle de ne pas faire, ce qui donne à la victime droit à une indemnité.

D'ailleurs, M. Saleilles (2) s'est rallié à l'opinion générale suivant laquelle la réparation ne sera exacte que si elle s'exécute en nature; une simple indemnité pécuniaire pourrait ne pas donner entière satisfaction à la victime. Tel qui, par pure malice, élève une fausse cheminée dans le seul dessein de boucher les vues de son voisin, peut-il être admis à

(1) Saleilles. *Théorie générale de l'obligation*, p. 373.

(2) *Bulletin de la Société des études législatives*, 1905, p. 325.

laisser debout cette construction, en allouant à ce voisin une indemnité pécuniaire ? Sa conduite rappellerait celle de ce riche Romain qui, pour vingt as par tête, souffletait les passants, en se faisant suivre d'un esclave qui dédommageait aussitôt les victimes, auxquelles il comptait la rançon légitime (1).

La réparation en nature tient son mérite de son exacte coïncidence avec le dommage à supprimer ; le mode de la réparation pécuniaire nécessite que l'on fasse appel aux notions difficiles de valeur et d'équivalence ; on ne saurait s'en contenter qu'à défaut de procédé de réparation plus assorti au préjudice causé.

Et puis, ne serait-ce pas une mesure imprévoyante, contraire à la mission du juge, que de laisser subsister l'objet du procès, et, par exemple, telle construction qu'une intention de malveillance a fait élever, et dont les inconvénients, chaque jour ressentis, entretiennent et avivent de dangereuses animosités ?

Mais la réparation en nature ne saurait se confondre avec la restriction préventivement apportée à l'exercice futur du droit dont il a été déjà fait abus. Pour faire comprendre notre pensée, faisons appel à deux espèces. D'une part, nous croyons que c'est

(1) Jossierand. *De l'abus des droits*, p. 66.

avec raison que la Cour de Colmar (1) a décidé la démolition d'une fausse cheminée construite par pure malice; c'est là la réparation en nature qui nous paraît seule correspondre exactement au préjudice causé. Mais c'est à tort, selon nous, que le tribunal de Montbrison a prescrit, dans le but d'empêcher préventivement les sociétaires André de nuire à Badoit, la restriction de l'exercice du droit des consorts André, en limitant le nombre de robinets qu'ils pourraient conserver à leur pompe. Et c'est avec raison, selon nous, que la Cour de Lyon a réformé cette décision et dit que Badoit verra seulement ses droits « réservés pour le renouvellement du préjudice dont il aurait à se plaindre pour l'avenir (2) ».

Ainsi, la réparation, pour être intégrale, doit, autant qu'il se peut, être réalisée en nature; mais la théorie de l'abus du droit, qui rentre dans la théorie de la faute, ne conduit jamais qu'à une réparation et non à une restriction de droit. C'est là une différence essentielle entre le défaut de droit et l'abus du droit. Là où il y a défaut de droit, la sanction principale accordée aux intéressés, c'est de pouvoir s'opposer à l'acte illicite, et non seulement d'en demander réparation (3) ».

(1) C. Colmar, 2 mai 1855. D. 56, II, 9.

(2) C. Lyon, 18 avril 1856. D. 1856, II, 20.

(3) Saleilles. *Théorie de l'obligation*, p. 310, en note 373.

CHAPITRE II

La sanction du détournement de pouvoir.

La facilité d'accès au Conseil d'Etat donnée au requérant en matière d'excès de pouvoir ne va-t-elle pas permettre aux administrés de tenter de faire reconnaître, à peu de frais, des droits privés atteints par une décision administrative ? Le danger était à craindre que ce recours, inspiré par le souci de l'intérêt public, ne devint essentiellement et principalement un moyen de soutenir des prétentions d'ordre privé. La théorie du recours parallèle permet d'y parer. S'il existe une voie directe de procédure qui permette à l'administré de faire triompher son droit, c'est cette voie qu'il doit choisir. Le recours pour excès de pouvoir doit être considéré comme une *ultima ratio*. Si l'administré a, par ailleurs, un recours direct et parallèle, il ne peut former un recours pour excès de pouvoir sans se voir opposer une fin de non-recevoir.

Mais il n'est pas discuté que cette exception suppose au profit du requérant un recours d'ordre contentieux : un simple recours hiérarchique qu'il appartiendrait à l'administré de former ne saurait lui interdire la voie de l'excès de pouvoir. Il faut donc

supposer que la décision exécutoire qui pourrait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir aurait violé un droit. Or, que l'incompétence, le défaut de formes puissent s'accompagner de la méconnaissance d'un droit, c'est possible, et c'est fréquent. Que la violation de la loi, ouverture de l'excès de pouvoir, s'accompagne de la méconnaissance d'un droit, c'est nécessaire. Mais le détournement de pouvoir, caractérisé par l'incorrection intime des motifs d'une autorité, ne viole jamais un droit ; ce vice ne constitue pas, nous l'avons vu, une « véritable illégalité ». La décision qui en est entachée est prise dans les limites discrétionnaires du pouvoir exercé. En raison donc de la notion strictement subjective que nous nous faisons du détournement de pouvoir, que cette irrégularité, commise en dehors de toute atteinte portée à la loi, ne saurait créer, à côté du contentieux de l'excès de pouvoir, un autre contentieux possible.

A) *La sanction du détournement de pouvoir devant les tribunaux judiciaires.*

Une décision administrative illégale peut faire l'objet, de la part de l'administré, de deux procédures différentes : ou bien, invité à se conformer aux prescriptions qui y sont contenues, il prétendra

tirer de l'illégalité de cette décision un moyen de légitime résistance, et il usera alors de l'exception d'illégalité; ou bien, par la voie du recours pour excès de pouvoir, il demandera au Conseil d'Etat, spontanément et principalement, de prononcer la nullité de cette décision administrative.

Par suite, si, comme nous le croyons, le détournement de pouvoir ne doit pas être considéré comme une « véritable illégalité », mais surtout comme un effort de moralisation administrative, il ne sera pas possible à une juridiction autre que le Conseil d'Etat d'apprécier et de caractériser ce vice. Un règlement contenant un détournement de pouvoir aura été « légalement fait »; son irrégularité ne ressort pas au dehors; pour apercevoir l'incorrection, il faut analyser les motifs de décision de l'auteur, et cette mission n'appartient qu'au Conseil d'Etat. C'est ce que déclarent les tribunaux lorsque, par application du § 15 de l'article 471 C. P., un administré prétend devant eux que la décision qu'ils ont enfreinte est illégale comme entachée de détournement de pouvoir. « Il y a impossibilité, pour l'autorité judiciaire, « d'apprécier à ce point de vue les actes administratifs (1). » Et le juge ne pourra qu'appliquer un règlement qui, en soi envisagé, est légal.

(1) C. Etat, 26 novembre 1875. S. 1876, III, 41.

Ce n'est donc que relativement aux situations de détournement de pouvoir, réductibles à l'incompétence, situations d'incompétence sournoise, difficilement saisissable, qu'il est possible de résister par la voie de l'exception d'illégalité.

Mais, même dans ce cas, le résultat de l'instance est très limité. Le défendeur peut seulement faire déclarer que cet acte administratif ne saurait lui faire grief, et que, quant à lui, il peut en méconnaître l'autorité. La décision illégalement prise conserve sa valeur pour l'avenir et à l'égard de tous les administrés. L'exception n'a qu'un effet relatif à celui qui l'invoque et, d'ailleurs, actuel.

Cette voie de procédure est donc orientée seulement vers l'intérêt de l'administré, à l'encontre du recours pour détournement de pouvoir porté devant le Conseil d'Etat dont la sanction est impersonnelle et générale.

B) *Le recours pour détournement de pouvoir porté devant le Conseil d'Etat.*

Dans le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat, avons nous vu, « ne reconnaît pas le droit des parties : il ne dit pas le droit subjectif du réclamant (1) ». Il s'agit seulement de rechercher si l'acte

(1) M. Hauriou. *Précis de droit administratif*, p. 271, en note

administratif critiqué rentre « dans la notion de bonne administration considérée en soi » (1). Le Conseil d'Etat, « haute conscience » de l'Administration, désavoue ou ratifie l'acte d'un de ses agents.

Aussi est-il juste de dire que « le Conseil d'Etat ne cesse pas d'administrer, même quand il statue sur des matières contentieuses (2) ». Examinant une décision administrative qui lui est soumise, il dira seulement si cette décision est régulière et dans quelle mesure elle est telle. La sanction de ce contrôle sera ou bien le rejet du recours, ou bien l'annulation de la décision entreprise, ou encore l'annulation de certaines dispositions seulement de cette décision (3).

Mais quant aux griefs faits au réclamant par l'acte administratif annulé, le Conseil d'Etat ne s'en inquiète pas. On peut donc dire que si d'un côté le Conseil d'Etat, statuant en matière de détournement de pouvoir, est une juridiction particulièrement discrète, puisque dans son contrôle des décisions qui

(1) Hauriou. *Précis de droit administratif*.

(2) Président Portalis. Rapport à la Chambre des pairs, 25 janvier 1834.

(3) Mais le Conseil d'Etat ne saurait se borner à déclarer non écrite une condition constitutive du détournement de pouvoir.

lui sont soumises « elle va plus loin que la légalité », d'autre part cette juridiction n'accomplit son rôle qu'à demi, puisqu'elle n'accepte pas d'examiner les dommages matériels causés par la décision entreprise, ni de rectifier la décision annulée.

Le Conseil d'Etat se désintéresse, en effet, des mesures que l'administration devra prendre comme suite à l'annulation prononcée. C'est ainsi qu'après avoir annulé une décision du Conseil de la Légion d'honneur ordonnant radiation des matricules de cet ordre d'un sous-intendant militaire, le Conseil d'Etat déclare « qu'il ne lui appartient pas d'ordonner des « mesures à prendre en exécution de sa décision, en « ce qui concerne la réintégration du requérant dans « les contrôles (1). » De même, après avoir annulé l'arrêté d'un maire autorisant, sous forme de permission de voirie, des travaux ayant pour effet de modifier l'assiette d'un chemin, le Conseil d'Etat se refuse à ordonner la démolition desdits travaux (2-3).

(1) De Brissy. C. Etat, 13 mai 1881. D. 1882, III, 97-99.

(2) Dubourg. C. Etat, 4 janvier 1895. D. P. 1896, III, 6.

(3) De même : C. Etat, 16 janvier 1874, Frères de la doctrine chrétienne. — C. Etat, 7 mai 1880, Capgras. — C. Etat, 20 avril 1883, de Bastard. — De même en matière d'alignement, admission à l'entrepôt, médaille coloniale, dérogations relatives à l'obligation du repos hebdomadaire. C. Etat, 30 novembre 1906. D. 1907, III, 6.

Une autre conséquence du caractère strictement impersonnel, objectif et général, poursuivi par le Conseil d'Etat dans le recours pour détournement de pouvoir, c'est que cette juridiction se déclare incompétente pour accorder à la victime d'un dommage entraîné par une décision annulée, les indemnités qu'elle demande. C'est ainsi que l'archevêque de Sens, représentant les intérêts du petit séminaire d'Auxerre, obtint l'annulation d'une décision administrative enlevant à cet établissement la jouissance d'un immeuble appartenant au domaine privé communal, mais ne put obtenir réparation de la perte de jouissance que le séminaire avait subie (1).

Mais est-ce à dire que le dommage réalisé à la suite d'une décision illégale va rester sans compensation? Point du tout. Désormais, la décision étant jugée au point de vue de la bonne administration et annulée par la voie du recours pour détournement de pouvoir, il appartiendra à la victime d'un dommage que cette décision a entraîné, de se faire de l'arrêt du Conseil d'Etat une arme pour demander une indemnité devant la juridiction compétente à cet égard. Cette juridiction pourra être, soit judiciaire,

(1) Archevêque de Sens. C. Etat, 29 juin 1883. D. 1884, III, 89. — C. Etat, 28 juillet 1876. Lebon, 715. — De Giry. C. Etat, 30 avril 1880, commune de Philippeville. Lebon, p. 410.

soit administrative, et parfois les conséquences d'une décision administrative donneront lieu à des compétences diverses. Par exemple, dans un but de protection hiérarchique, le préfet des Basses-Pyrénées avait englobé dans le domaine public, par un arrêté de délimitation de la rivière la Nive, une sablière dans laquelle des fouilles avaient été irrégulièrement faites par un agent du département. Cet arrêté de délimitation fut annulé pour excès de pouvoir le 11 mars 1898, et comme suite de cette annulation, le propriétaire de la sablière demandait d'abord la réparation du dommage subi par le fait d'agents d'un service public — et à cet égard, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux de pleine juridiction, était compétent. — Mais, en outre, l'arrêté de délimitation avait situé le point de navigabilité de la Nive, en amont de la sablière, ce qui excluait le propriétaire de tout droit privatif de pêche dans cette rivière pour le parcours dont il était riverain; et, à ce point de vue, la compétence était judiciaire, conformément à la loi du 15 avril 1829.

La réparation d'un dommage qu'entraîne une décision annulée est donc possible; mais une telle question est étrangère au recours pour détournement de pouvoir.

On peut donc écrire qu'au point de vue de la sanction, la différence entre nos deux théories est que, « dans le détournement de pouvoir, le fait est envi-

« sagé uniquement au point de vue d'une décision
« exécutoire, tandis que dans l'abus du droit le fait
« est envisagé » — non, comme dit M. Hauriou,
« du point de vue d'une indemnité à demander »,
« mais d'une réparation à obtenir (1). »

Et dans une même « opération administrative », nous pourrions successivement voir apparaître les deux vices que nous étudions, qui donneront respectivement matière à l'application de nos deux théories. C'est à la décision exécutoire seulement que s'attaque le recours pour détournement de pouvoir, et c'est le fait de l'exécution seul qui est envisagé dans l'abus du droit. Qu'une décision irrégulière soit postérieurement exécutée de façon abusive et tour à tour les conséquences de nos deux théories vont se produire. Une telle situation est mise en lumière par certaines opérations de révocation de fonctionnaires municipaux. Pendant longtemps, on n'a voulu considérer dans une telle opération administrative que la décision exécutoire, qui, attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir, était, en définitive, annulée. Mais les victimes de la révocation irrégulière n'étaient pas satisfaites : elles demandaient des indemnités compensatoires du dommage subi. Le

(1) Hauriou. Note Sirey, 1905, III, 20.

Conseil d'Etat résista longtemps, mais céda enfin (1). C'est ainsi que le sieur Toutain, sous-directeur du bureau de la navigation commerciale au ministère de la marine, se pourvoit d'abord contre une *décision exécutoire* qui le relève des fonctions dont il est titulaire : cette décision illégale est annulée par un premier arrêt du Conseil d'Etat en date du 2 décembre 1898 (2). Puis, le sieur Toutain demande réparation du préjudice qu'il a éprouvé du fait de l'*exécution* de cette mesure irrégulière, et par un nouvel arrêt, le Conseil d'Etat lui alloue, à titre d'indemnité, les mensualités de son traitement écoulées depuis sa révocation (3).

La réparation est liée, non à l'irrégularité de la décision exécutoire, mais à l'exécution de cette décision. Ce qui est de nature à appuyer notre affirmation, c'est que l'exécution d'une décision correcte peut donner lieu à indemnité. La révocation régulière d'un fonctionnaire peut, lorsqu'elle intervient dans certaines conditions, de brusque congédiement par exemple, entraîner « les indemnités de congé qui

(1) Toutain. C. Etat, 9 juin 1899. — Morton. C. Etat, 27 décembre 1891. D. 93, III, 19.

(2) Toutain. C. Etat, 2 décembre 1898. D. 1900, III, 72.

(3) Toutain. C. Etat, 9 juin 1899.

sont entrées dans les habitudes judiciaires (1) ». De même, une décision inattaquable, administrativement régulière, qui délimite la largeur d'un cours d'eau navigable, peut, lorsqu'elle est mise à exécution, donner droit à indemnité au profit des propriétaires de terrains englobés dans la nouvelle délimitation du fleuve (2).

Ainsi, « une décision envisagée à l'état d'exécution n'est pas la même chose qu'une décision envisagée à l'état exécutoire (3) ». C'est la régularité de la décision exécutoire qui est considérée dans le détournement de pouvoir, et c'est l'affirmation ou la négation de cette régularité qui est le but de ce recours. C'est, au contraire, au moment où la décision s'exécute qu'apparaît seulement la possibilité de l'abus de droit, et c'est à la réparation du dommage engendré par le fait de l'exécution que tend une pareille action.

(1) S. 1910, III, 113, note Hauriou. Loi 27 décembre 1890.

(2) C. Etat, 11 juin 1909, Servois et autres. S. 1910, III, 113.

(3) Hauriou. S. 1910, III, 113.

CHAPITRE III

La portée de la sanction dans les deux théories.

Le caractère administratif et hiérarchique du détournement de pouvoir, le souci de bonne administration qu'il exprime vont encore nous permettre de comprendre la portée générale des sentences auxquelles ce recours donne lieu. Une décision annulée pour détournement de pouvoir est désormais sans autorité à l'égard de tous les administrés, présents ou étrangers à l'instance. Le réclamant agissait, nous l'avons dit, comme un véritable ministère public, et le succès de son recours fait tomber la décision entreprise, à l'égard de tous, sans que néanmoins son intervention puisse entraver celle de tout autre réclamant qui serait encore dans les délais légaux pour se pourvoir.

Les décisions des juridictions civiles en matière d'abus du droit ne sauraient satisfaire que l'intérêt du demandeur : elles n'ont point d'effet *erga omnes*. La règle *res judicata inter alios neque nocere neque prodesse potest* est exactement respectée.

Le fondement différent des deux théories explique ces résultats différents : l'action civile, dont le but est une réparation, nécessite des appréciations et des

évaluations diverses, relatives à l'équilibre nécessaire des droits en présence : chaque demande se présentera avec des éléments particuliers et dans des circonstances différentes. Le recours administratif ne tend qu'à l'examen d'une décision considérée du point de vue de la bonne administration, c'est-à-dire d'un point de vue général, impersonnel, objectif ; cette décision est correcte ou entachée de détournement de pouvoir, et, dans le premier cas, opposable à tous, dans le second, nulle au regard de tous.

SECTION III

Les preuves.

CHAPITRE PREMIER

Les preuves de l'abus du droit.

L'intention malicieuse qui caractérise l'acte abusif est essentiellement intime et cachée : l'auteur d'un tel acte se garde de faire connaître les motifs coupables qui le décident. C'est une situation exceptionnellement rare que celle d'un plaideur, par exemple, qui, à l'audience d'un tribunal, avoue qu'il a recherché et accumulé les difficultés de procédure uniquement pour nuire à son adversaire (1).

Sans doute, pour faire apparaître l'intention ma-

(1) Cass. 14 mars 1905. D. 1905, I, 270.

licieuse, la juridiction civile a la faculté d'user des moyens ordinaires d'enquête. Mais le plus souvent, les vrais motifs qui impriment à un acte son caractère abusif pourront être dégagés des conditions dans lesquelles s'est produit l'exercice de ce droit. Ainsi dans une lutte électorale, le propriétaire d'un hôtel le vend, sous la condition que l'acquéreur ne s'approvisionnera pas de bière dans la brasserie de son rival politique, et, par ailleurs, il fait défense à ses ouvriers de fréquenter cette brasserie (1). L'intention de nuire ressort immédiatement de l'énonciation de la condition imposée à l'acquéreur et des menaces adressées aux ouvriers.

Le défaut d'intérêt qui, en soi, ne nous paraît pas justifier l'action pour abus du droit nous sert comme un élément de preuve de l'exercice malicieux du droit. Ainsi en est-il dans la fameuse affaire de l'ouvrier Joost contre le syndicat de Jallieu, qui nous montre un ouvrier poursuivi par la haine d'un groupement économique qu'il a déserté. La Cour de cassation a décidé que ce syndicat avait abusé de son droit de mise à l'index. Et pour faire apparaître l'intention malicieuse qui va caractériser l'abus, on examine successivement les différents motifs raisonnables qui auraient pu déterminer le syndicat à de-

(1) C. de Liège, 9 février 1888.

mander la mise à l'index de Joost. « Cet ouvrier
« n'avait pas accepté une réduction de salaire, une
« augmentation de la durée du travail depuis son
« départ du syndicat : aucune modification n'était
« survenue dans ses rapports avec son patron. La
« présence de Joost dans l'atelier ne pouvait direc-
« tement ou indirectement porter aucun préjudice
« aux autres ouvriers, syndiqués ou non. Son expul-
« sion était donc exigée sans motifs, par pur caprice
« malicieux (1-2). »

Ainsi l'intention de nuire, même si l'auteur de l'acte n'a point commis la maladresse de l'avouer, peut être recherchée dans les circonstances mêmes qui entourent l'acte. « Les tribunaux y recherche-
« ront si un tel acte est susceptible de procurer un
« intérêt quelconque dont la loi aurait pour mission
« de garantir la réalisation (3). »

C'est une pareille analyse qui est délicate. La difficulté de rechercher et de découvrir par des procédés objectifs une intention restée inexprimée fait

(1) Concl. de M. le P. G. Ronjat. Cass. 22 juin 1892. D. 1892, I, 449.

(2) De même : Tribunal Bordeaux, 14 décembre 1903. S. 1905, II, 17.

(3) Saleilles. *De l'abus du droit*. Rapport à la première sous-commission de la commission de revision du Code civil. — *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 349.

comprendre les reproches que M. Esmein fait à la théorie de l'abus du droit. Ici, en effet, beaucoup de prudence est nécessaire. L'intention malicieuse se cache souvent sous les apparences d'un intérêt personnel à satisfaire, et, cet intérêt, il n'appartient pas au magistrat de le nier. Pour emprunter un exemple à M. Baudry-Lacantinerie (1), « je fais élever sur ma maison une construction légère, par exemple un atelier de photographie; mon voisin prétend que cet exhaussement n'a pour but que de le priver d'air et de jour et qu'il ne présente pour moi aucun intérêt digne de la protection légale. Je réponds que je pratique la photographie. — Si cela vous arrive, réplique mon voisin, c'est uniquement pour essayer de faire illusion. » Comment les tribunaux pourront ils, après s'être assurés de l'intérêt sérieux, de l'intérêt invoqué, dégager et affirmer l'intention de nuire dissimulée sous les dehors corrects de l'exercice légitime d'un droit ?

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde. *Obligations*, t. IV.

CHAPITRE II

Les preuves du détournement de pouvoir.

Le caractère subjectif du détournement de pouvoir et, par suite, la nécessité d'apprécier la nature des mobiles et des motifs intimes de l'auteur de la décision attaquée, rendent difficile la recherche de cette irrégularité. Aboutir à une certitude morale est donc à cet égard malaisé. Mais, en outre, le Conseil d'Etat ne se contente pas de cette conviction. La prudence de cette assemblée, son souci de juger non des fonctionnaires mais des actes administratifs, la nécessité de faire crédit à l'autorité en raison des garanties morales que présentent ses agents, amènent le Conseil d'Etat à rejeter toute demande pour détournement de pouvoir, que ne justifie pas une preuve certaine.

Ce sont ces exigences que traduit M. le commissaire du gouvernement Gauvain, dans l'affaire Ponthas : « Vous ne pourriez annuler l'arrêté attaqué pour détournement de pouvoir que si le détournement était établi, et s'il résultait, soit des termes mêmes de l'acte, soit de l'aveu de son auteur, soit des indiscretions du dossier, soit des circonstances (1). »

(1) C. Etat, 7 décembre 1880. Lebon, p. 922.

C'est surtout le fait des autorités administratives les plus modestes, les moins instruites du droit public, que de traduire, dans le texte même de leurs décisions, les raisons incorrectes qui les déterminent. Une procédure administrative résolue par un arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} avril 1887 nous montre les preuves du détournement de pouvoir ressortant à la fois du dispositif et des motifs d'un arrêté municipal. « Attendu, dit cet arrêté, que pendant que la société musicale de Rueil saluait le drapeau national de la mairie en exécutant *la Marseillaise*, l'Harmonie du commerce, dirigée par un étranger, s'est empressée de jouer un air bruyant cherchant à couvrir les accords de l'hymne national...; attendu qu'en agissant ainsi, cette société musicale a manqué à toutes les convenances, qu'elle a violé les égards dus à une société voisine, qu'elle a commis un acte antipatriotique et antinational...; il est interdit à l'Harmonie du commerce, tant qu'elle sera dirigée par un chef non français, de jouer sur la voie publique ou dans les établissements nationaux (1). » De la seule nature de cet arrêté, il résulte que le maire qui l'a signé n'a eu en vue ni le maintien de la tranquillité publique, ni la sécurité de la circulation, que c'est à un souci étranger à la police qu'il a obéi, et, par suite,

(1) C. Etat, 1^{er} avril 1887.

le détournement de pouvoir est prouvé par la rédaction même de l'arrêté (1).

Parfois, la pensée déterminante de l'autorité s'est exprimée oralement ; par exemple, au sein d'une assemblée délibérante. Des propos échangés au cours d'une réunion d'une commission départementale, il apparaissait qu'en attribuant à un chemin conduisant au sommet du Mont-Dore une largeur de 10 mètres sur un trajet de 27 mètres, l'autorité n'avait point agi dans l'intérêt de la vicinalité, mais cherchait à éviter aux touristes une redevance que les propriétaires de la partie supérieure du pic auraient pu exiger (2).

En d'autres occasions, c'est l'administration elle-même, représentée par le ministre du département de qui ressortit la décision attaquée, qui, spontanément, découvre le caractère non administratif des mobiles déterminants. Dans l'espèce Roz et Herpin, notamment, le garde des sceaux reconnut que les refus successifs d'agréer tels candidats à un office

(1) Très souvent, le souci étranger à la bonne administration apparaît dans la décision sous la forme d'une condition. C. Etat, 10 juillet 1908. Lebon, 751. — C. Etat, 31 janvier 1908. Lebon 99.

(2) C. Etat, Raynaud, 28 février 1912. — C. Etat, Pascal, 26 janvier 1900. Lebon, 1900, p. 54.

ministériel vacant s'inspiraient du désir de provoquer la suppression de cet office.

Aveu spontané de la part de l'administration, avons-nous dit. Le Conseil d'Etat ne peut se livrer à une enquête, d'ailleurs bien délicate, relative aux motifs qui ont animé l'autorité signataire de la décision attaquée. M. Hauriou regrette cette discrétion de la part du Conseil d'Etat (1). Mais ne serait-ce pas diminuer l'autorité ou tout au moins gêner l'action d'un préfet, par exemple, que d'exercer sur la moralité de son administration un aussi méfiant contrôle? Ne serait-ce pas paralyser l'initiative et contraindre la hardiesse de nos fonctionnaires déjà timides, que de leur faire craindre un examen incessant de la pureté de leur intention?

Aussi bien, il n'est point interdit au Conseil d'Etat de rechercher la nature du souci auquel a obéi un administrateur, dans les pièces de procédure mises au dossier. Le Conseil d'Etat juge des actes et non les fonctionnaires; mais les documents divers qui commentent ou expliquent la décision attaquée servent désormais d'éléments d'appréciation de cette décision, indépendamment de l'analyse intime et directe de la pensée de l'autorité qui l'a prise. No-

(1) Hauriou. *Principes de droit administratif*, p. 290.

tamment, dans l'arrêt Maugras, le maire qui avait révoqué l'agent de police avait commis l'imprudence d'indiquer dans une lettre privée le motif secret qui l'avait déterminé à prendre cette mesure disciplinaire ; cette pièce mise au dossier faisait ressortir l'intention paradoxale du maire de punir disciplinairement un fonctionnaire pour avoir fait son devoir.

On voit par là les ressources modestes d'investigation offertes au Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir. En raison des difficultés de la preuve de ce vice, il ne sera guère possible d'annuler que les décisions, de ce chef irrégulières, prises par des autorités indiscrètes, maladroites ou disposées à l'aveu de leur erreur ou de leur faute. Mais une autorité habile, se gardant d'exprimer les motifs secrets qui l'animent, pourra librement commettre des détournements de pouvoir. Si les motifs ou mobiles étrangers à la bonne administration et qui constituent le principe même du recours restent *in mente*, les moyens de contrôle du Conseil d'Etat seront inutiles.

En effet, comme nous l'avons dit, la certitude morale ne semble pas au Conseil d'Etat une preuve suffisante. Ainsi, dans une affaire Lemmet, un adjoint au maire, remplaçant momentanément le chef de la municipalité, use de son pouvoir discrétionnaire de suspension à l'encontre d'un médecin

municipal, en motivant son arrêté par des raisons de service (1).

Ces raisons de service, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de les apprécier — et l'arrêté de révocation est maintenu. — De même un garde particulier — peu de temps après avoir pris part à une réunion politique — est révoqué de ses fonctions par le préfet, qui justifie son arrêté par des raisons de service. Que cette mesure ait été inspirée plutôt par des préoccupations électorales que par le souci de la bonne administration, c'est moralement certain ; mais aucune pièce du dossier ne témoigne de tels motifs de décision, et la demande d'annulation est rejetée (2).

Mais il est telles situations dans lesquelles sous les intérêts en apparence défendus, on peut, grâce à l'examen des circonstances au milieu desquelles a été prise une mesure administrative, apercevoir les motifs profonds de cette mesure. Alors l'autorité ne trouve plus dans l'hypocrisie des motifs qu'un subterfuge inutile. Ainsi, un préfet retire à la Société

(1) Cf. Lebon, 1908, 420.

(2) Il en serait autrement si le Ministre, au département duquel ressortit la décision attaquée, s'informait par la voie de l'enquête des véritables motifs de la décision et les révélait au Conseil d'Etat. Cf. notamment : C. Etat, 14 janvier 1910. D. 1911, III, 126.

Thorrand une permission de voirie en invoquant, non pas l'intérêt de la circulation, mais l'intérêt privé de certains propriétaires; la preuve du détournement de pouvoir est dans le texte même de la décision de retrait (1). Puis, recherchant le même intérêt privé, le même préfet retire à la même société la permission de voirie que son premier arrêté n'avait pu lui enlever, en invoquant dans sa deuxième décision l'intérêt de la circulation (2). Sous ces apparences régulières, les circonstances de l'affaire faisaient apparaître le dessein renouvelé, mais plus habilement dissimulé, de satisfaire un intérêt privé. Et, bien que ce deuxième arrêté, en soi envisagé, fût correct, bien qu'aucune pièce du dossier ne témoignât de motifs étrangers à la bonne administration, le Conseil d'Etat vit dans les « circonstances » où il avait été rendu, une preuve suffisante du détournement de pouvoir.

Il semble bien que ce moyen de preuve, tiré de l'examen de circonstances qui entourent la décision prise doive offrir, dans l'avenir, les plus précieuses ressources de contrôle des actes administratifs que nous étudions. Les motifs étrangers à la bonne administration pourront être souvent découverts en re-

(1) C. Etat, 8 février 1889. Lebon, 1889, 263.

(2) Lebon, 1893, 450.

cherchant les événements antérieurs à la décision prise qui ont pu inspirer à l'auteur les sentiments administrativement condamnables qui l'ont déterminée. Et, d'autre part, par ce procédé de pénétrante analyse, le contrôle du Conseil d'Etat ne s'exerce pas directement et personnellement sur l'auteur de l'acte; conformément à la règle, le Conseil d'Etat continue à apprécier des actes, sans juger les fonctionnaires.

Ainsi les deux théories que nous étudions comportent mêmes difficultés de preuve. En dehors de l'aveu de leurs auteurs ou de leur maladresse, il est difficile de démontrer et l'abus du droit et le détournement de pouvoir. Qu'ils prennent soin d'invoquer un souci légitime, et sous des apparences correctes ils pourront commettre des actes abusifs ou faire servir leur pouvoir discrétionnaire à la satisfaction d'intérêts étrangers à la bonne administration. Comment affirmer qu'il fait un usage abusif de son droit, le propriétaire qui, pour cacher les vues de son voisin, exhausse sa maison, mais qui, sans traduire cette intention malveillante, prétend au contraire qu'une telle gêne n'est que la conséquence fâcheuse de la satisfaction d'un intérêt qu'il se donne? De même, un administrateur pourra aisément dissimuler sous d'apparents motifs de police, que le Conseil

d'Etat s'interdit d'apprécier, les raisons profondes, qu'il saura taire, d'une décision rendue. Sans doute, tout récemment, la juridiction administrative a discerné un détournement de pouvoir sous la façade de motifs administratifs invoqués. Le garde-champêtre Rigal avait été suspendu de ses fonctions par le maire de la commune de Labassère, attendu « qu'il ne cessait d'apporter dans son service et notamment dans ses rapports avec la municipalité, la plus mauvaise volonté; qu'il s'est abstenu systématiquement de surveiller l'exécution des lois à l'égard de certaines personnes ou de certains établissements publics... ». D'autres griefs constituant tous des fautes professionnelles étaient exprimés dans l'arrêté de suspension. Il semblait bien que la décision du maire fût inattaquable. Mais le ministre de l'Intérieur, qui devait soutenir la régularité de la décision attaquée, en fit spontanément connaître au Conseil d'Etat les motifs véritables — d'ordre personnel et politique — révélés par une enquête de la gendarmerie (1).

Ici encore, c'est l'aveu de l'autorité administrative et non l'analyse directe de la pensée intime de l'administration qui fait apparaître le détournement de pouvoir.

Le caractère essentiellement psychologique, sub-

(1) C. Etat, 14 janvier 1910. D. 1911, III, 126.

jectif de l'une et l'autre notion, ne permet pas de saisir immédiatement ces vices dans leur source même : l'analyse directe de la pensée intime de l'administrateur qui commet un détournement de pouvoir ou du particulier qui abuse de son droit est impossible ; il faut, pour saisir ces irrégularités, que les intentions s'extériorisent, se manifestent par l'aveu écrit ou oral, antérieur, concomittant ou postérieur à l'acte attaqué ou par les circonstances mêmes dans lesquelles cet acte s'est produit.

CONCLUSION

Dans une première partie, de beaucoup la plus importante de notre travail, nous nous sommes préoccupé d'envisager les notions de l'abus du droit et du détournement de pouvoir au point de vue de leur place dans la théorie générale du droit. Elles sont l'expression, l'une et l'autre, de conceptions qui fondent les droits et les pouvoirs sur des intérêts sociaux à satisfaire. Elles traduisent une même pensée de réaction contre l'égoïsme privé et l'arbitraire administratif.

Les droits privés ne sont que des moyens donnés à l'individu pour réaliser des fins d'intérêt social, comme les prérogatives de l'autorité ne peuvent légitimement servir que des intérêts administratifs.

Cette notion du droit est génératrice de deux conséquences :

1° Les droits et les pouvoirs, limités par leur objet précis, circonscrits dans leur étendue par des fins sociales bien déterminées à servir, ne peuvent, exercés en dehors de ces frontières bien nettes, que constituer des voies de fait. Un tel usage de ces droits et de ces pouvoirs est illégal. Leur utilité sociale déterminée étant la mesure et le seul fondement de leur valeur juridique, ils perdent leur caractère de pouvoir et de droit, lorsqu'ils servent des fins auxquelles théoriquement ils ne doivent pas satisfaire. Nous sommes alors en présence d'actes faits sans droit, de pouvoirs maniés en dehors de la compétence de l'autorité.

Mais, dans de telles situations, on voit souvent et l'abus du droit et le détournement de pouvoir. Cette conception, à notre avis trop large, de nos deux notions, se rattache à une commune erreur d'analyse et fait apparaître entre elles une première ressemblance. Ces deux notions ont été parallèlement étendues hors de leurs limites logiques.

2° En les rattachant l'une et l'autre à la conception téléologique du droit, nous voudrions les circonscrire. Il est telles prérogatives de l'autorité, tels droits privés, dont le sens social est seulement indiqué, mais non point exactement déterminé. Dans de telles situations, sans que le contenu du droit et du pouvoir soit précisément défini par tel but caracté-

risé à réaliser, le droit est seulement orienté de façon vague et générale. On fait confiance aux titulaires de ces prérogatives qui doivent être exercées au mieux de l'intérêt social, envisagé d'un point de vue abstrait. On fait confiance à l'individu parce qu'on suppose que recherchant son intérêt privé, il collaborera de la meilleure façon à l'utilité commune : on croit à l'exacte coïncidence des fins sociales et des fins individuelles; la recherche de son intérêt personnel est la limite légitime de l'action du titulaire du droit, et il est naturel de présumer qu'il orientera dans ce sens son effort. Mais en présence d'un acte inspiré par un souci étranger à son intérêt et hostile à l'intérêt d'autrui, on ne peut pas affirmer plus longtemps l'harmonieuse recherche concomitante et parallèle de l'intérêt général et de l'intérêt individuel.

De même, il est telles prérogatives de l'administration dont le contenu ne saurait être exactement précisé : le rôle en est complexe, et inutilement on tenterait d'énumérer les situations diverses où l'autorité peut et doit en user. On met donc ces facultés à la discrétion du pouvoir, dont on a toute raison pour penser qu'il en usera conformément à la bonne administration. On fait crédit à l'autorité aussi longtemps qu'elle ne dément pas, par la manifestation d'un souci contraire à la bonne administration, l'exacte coïncidence présumée de ses larges pouvoirs avec les devoirs de sa charge.

Dans de telles situations, on ne saurait voir aucune violation de la loi. L'individu exerçant un droit privé, l'autorité exerçant une prérogative administrative ont simplement trompé la confiance mise en eux. L'une et l'autre notion sont étrangères à la limitation intrinsèque du pouvoir et du droit : c'est dans les motifs, les mobiles du titulaire de la faculté exercée qu'il faut voir le fondement des deux théories. Par la subjectivité de leur critère, le détournement du pouvoir et l'abus du droit se ressemblent.

En d'autres termes, si la théorie finaliste du droit limite droits et pouvoirs à la fois dans leur contenu et dans leur exercice, c'est à cette dernière limitation seule que se rapportent abus du droit et détournement de pouvoir.

Mais c'est par leur critère seulement que nos deux théories se ressemblent. Leur application dans des domaines différents du droit fait ressortir d'essentielles oppositions. Leur fondement, leurs conditions d'exercice, leurs sanctions, tout les sépare. Elles répondent en effet à des préoccupations différentes. L'abus du droit prend sa source dans un intérêt privé méconnu, un dommage matériel ou moral éprouvé, et vise à en obtenir une exacte réparation. Le détournement de pouvoir, qui est essentiellement une mesure d'administration, a pour fondement un souci abstrait de correction administrative, et, en

dehors de toute considération des conséquences de cet acte, il tend à la rétractation de l'erreur administrative.

Telles nous apparaissent ces deux théories, précieuses acquisitions de l'œuvre juridique contemporaine. Elles se sont formées sans bruit, par des évolutions discrètement hardies des jurisprudences administrative et civile. Toutes deux expriment une même réaction contre les idées abstraites, *à priori*, purement théoriques du siècle passé. Les droits individuels ne doivent plus être considérés comme une « arche sainte »; pour en bien comprendre la véritable portée, il les faut profondément analyser. De même, les pouvoirs de l'administration ne doivent pas être l'objet d'un « respect superstitieux ». Ces notions de droit et de pouvoir — comme la notion de liberté — sont complexes; les textes les plus soigneusement rédigés, les constitutions les mieux conçues et les plus complètes n'en rendent pas compte exactement. La bonne administration, l'exercice correct du droit ne peuvent être déterminés abstraitement. Le droit est une œuvre sociale et vivante; pour en déterminer les véritables limites, c'est dans la vie qu'il faut regarder.

Au surplus, de telles notions, envisagées du côté de l'individu et de l'autorité sont précieusement éducatrices; elles conduisent à une plus claire appréciation et à un plus entier respect du moi de chacun.

Servant la cause du droit, elles servent celle de l'éducation sociale. Elles viennent utilement à l'appui d'une conception moins âpre des rapports sociaux ; elles marquent un patient effort vers un monde où les droits et les pouvoirs seront beaucoup moins l'arme des égoïsmes qui se heurtent que le lien des solidarités qui s'entr'aident.

Cependant, quelque méritoire dans son principe et heureux dans ses conséquences que soit l'effort commun qui engendre ces deux théories, il n'y faut voir qu'une étape avancée, mais non la dernière, dans la marche vers le droit. Aux pouvoirs discrétionnaires de l'administration, aux droits individuels que leur sens indécis fait sans limites, nos deux théories apportent une mesure. Ni l'une ni l'autre, cependant, n'empêchent la faute ou l'abus ; simplement elles permettent de les réparer. Ne peut-on pas souhaiter de voir les droits enfin mieux et plus exactement définis, nettement déterminées les prérogatives qu'ils confèrent ? La théorie plus parfaite du défaut de droit s'accroîtrait alors des dépouilles de la théorie de l'abus du droit.

Que l'on restreigne aussi le champ du pouvoir discrétionnaire de l'autorité. Sans doute, la bonne administration ne se décrète pas. Mais que la loi fixe les conditions qui, réunies, permettront à l'administré d'invoquer un droit au respect de son intérêt. Le législateur est récemment entré dans

cette voie (1). Souhaitons que le pouvoir discrétionnaire recule sans cesse devant les droits reconnus à l'administré. La meilleure façon de limiter l'arbitraire, c'est encore de déterminer et de consacrer les droits.

Lu et approuvé :

Le Président,

RENÉ JACQUELIN.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

(1) Cf. Dérogations en matière de repos hebdomadaire, art. 2, 8, 9, loi 13 juillet 1906. Concl. Romieu. C. Etat, 30 novembre 1906. D. 1907, III, 1.

BIBLIOGRAPHIE

- ARTUR. — Séparation des pouvoirs et des fonctions. *Revue de droit public*, 1903.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité des obligations*, 3^e édition, tome IV, pp. 537 et suiv.
- BEUDANT. — *Le droit individuel et l'Etat*.
- BOSC. — *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*. Thèse Montpellier, 1901.
- BOUGLÉ (C.). — *Les sciences sociales en Allemagne*.
- BUFNOIR. — *Propriété et contrat*.
- CAPITANT. — Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin. *Revue critique*, 101.
- CHARDON. — *L'administration française. Les fonctionnaires*.
- CHARMONT. — De l'abus du droit. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902.
- CRUET (Jean). — *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale*. 1896, I, 582, conclusions de M. l'avocat général Arthur Desjardins. — 1906, II, 105, note Josserand. — 1908, II, 73, note Josserand.
- DUGUIT (Léon). — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. — *Droit social et droit individuel*. — *Traité de droit constitutionnel*, 1911.

- EBREN. — *La théorie du détournement de pouvoir*. Thèse Lyon, 1901.
- FERNEUIL. — *Les principes de 1789 et la science sociale*.
- FOUILLÉE (Alfred). — *La propriété sociale et la démocratie*. — *L'idée moderne du droit*.
- GAUTHIER. — *Des restrictions apportées par voie d'interprétation judiciaire au droit de propriété*. Thèse Paris, 1902.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. — *De la notion de droit privé à la veille du vingtième siècle*.
- HAURIUO. — *Précis de droit administratif et de droit public français*.
- IHERING. — *Le but du droit*. *Der Zweck im Recht*. Trad. Meulenaere, tome II.
- JACQUELIN (Henri). — *Les principes dominants du contentieux administratif*. — *L'évolution de la procédure administrative*.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*, t. II.
- MICHEL (Henri). — *L'idée de l'Etat*.
- PAUL-BONCOUR. — *Le fédéralisme économique*.
- REYNAUD. — *Théorie de l'abus du droit*. Thèse Paris.
- PORCHEROT. — *De l'abus du droit*. 1901. Thèse Dijon.
- SALEILLES (R.). — *Etude d'une théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*.
- *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art*. *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1905, V, 1.
- SIREY. — *Jurisprudence générale*. 1878, I, 17, note Esmein. — 1893, I, 41, concl. P.-G. Roujot. — 1895, II, 59, note Pillet. — 1901. — 1905, II, 17, note Ferron. — 1905, III, 17, note Hauriou.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
-------------------	---

PREMIERE PARTIE

Les critères des deux notions.....	11
------------------------------------	----

SECTION I. — Le critère de l'abus du droit.....	11
---	----

<i>Chapitre I.</i> — L'abus du droit est-il caractérisé par l'usage excessif d'un droit? La limite de la valeur du droit est-elle quantitative?.....	11
--	----

<i>Chapitre II.</i> — Le critère de l'abus du droit doit-il être recherché dans la destination antisociale du droit?.....	19
---	----

a) Le droit de propriété.....	27
-------------------------------	----

b) Les droits de puissance.....	32
---------------------------------	----

c) Les libertés professionnelles et le droit de grève.....	34
--	----

d) Le droit de réponse.....	37
-----------------------------	----

e) L'abus du droit dans les contrats.....	38
Critique de ce deuxième critère — que, dans le détournement du droit de sa destination économique et sociale, il faut voir, non un abus du droit, mais un acte illicite	41
Appréciation commune des deux premiers critères. Le droit, objectivement envisagé, ne peut être abusivement exercé	42
<i>Chapitre III.</i> — Examen d'un troisième critère. La notion d'abus du droit est subjective.....	45
Divers critères d'ordre subjectif :	
L'intention de nuire	48
Le motif légitime et le défaut d'intérêt.....	52
SECTION II. — Le critère du détournement de pouvoir.	55
<i>Chapitre I.</i> — De la place du détournement de pouvoir dans le droit public. Qu'il faut voir dans cette notion la dernière expression actuelle de la limitation de l'arbitraire administratif	55
<i>Chapitre II.</i> — Définition du détournement de pouvoir.	60
<i>Chapitre III.</i> — Des situations où l'autorité méconnaît le sens et le but de sa compétence. Le détournement de pouvoir apparaît alors comme un effort de légalité	62
<i>Chapitre IV.</i> — Des situations où l'autorité, agissant conformément au sens de sa compétence, s'inspire, dans les décisions qu'elle prend, de motifs étrangers à la notion de bonne administration.....	66
<i>Chapitre V.</i> — Comparaison des critères du détournement de pouvoir et de l'abus du droit.....	78

DEUXIEME PARTIE

L'exercice comparé de l'action en abus du droit et du recours pour détournement de pouvoir.....	81
SECTION I. — L'exercice des actions.....	81
<i>Chapitre I.</i> — La source des deux contentieux et la nature des actes attaqués.....	83
<i>Chapitre II.</i> — Le fondement de l'action en abus du droit et le fondement du recours pour détournement de pouvoir	87
<i>Chapitre III.</i> — Les conditions d'exercice.....	92
<i>Chapitre IV.</i> — La durée d'exercice du recours et de l'action	96
SECTION II. — Les sanctions de l'abus du droit et du détournement de pouvoir	99
<i>Chapitre I.</i> — La sanction de l'abus du droit.....	99
<i>Chapitre II.</i> — La sanction du détournement de pouvoir	103
<i>Chapitre III.</i> — La portée de la sanction dans les deux théories	114
SECTION III. — Les preuves.....	116
<i>Chapitre I.</i> — Les preuves de l'abus du droit.....	116
<i>Chapitre II.</i> — Les preuves du détournement de pouvoir	120
CONCLUSION	130

IMPRIMERIE M. BONNET, 2, RUE ROMIGUIÈRES. — TOULOUSE.



IMPRIMERIE M. BONNET, 2, RUE ROMIQUIÈRES. — TOULOUSE.